J. pract.
176
n

J. pract. 176 ^{z}

Mayer

Die

Litis Contestatio

geschichtlich dargestellt

von

Dr. M. S. Mayer
ausserordentlichem Professor der Rechte zu Tübingen.

Erste Abtheilung.

Stuttgart,
Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.
1830.

244 H

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

I.

Einleitung.

Der Beruf des Richters besteht nicht darin, daß er ein Recht schaffe, gewähre oder aufhebe, sondern darin, daß er bestrittene Verhältnisse untersuche, vorhandene Rechte erkenne und durch seinen Ausspruch befestige. Je mehr dieser Ausspruch mit dem wirklichen Recht zusammenstimmt, desto schöner hat der Richter seine Aufgabe gelöst. Daß aber eine richterliche Entscheidung unter allen Umständen den Maßstab vorhandener Rechte abgebe, und nur das Recht beachtet werde, das durch sie als vorhanden bezeichnet würde; diesen Grundsatz hat in seinen ersten Umrissen auch die roheste Zeit nicht verleugnet, in seinen strengern Folgen gewiß erst die reifere Wissenschaft ausgebildet. Die ungeschlachteste Geselligkeit konnte nicht verkennen, daß den richterlichen Urtheilen, wenn ihr Zweck, eine Schlichtung von Streitigkeiten und eine Ausgleichung einander entgegen laufender Ansprüche, erreicht werden sollte, einiges Ansehen verliehen werden müße. Dennoch hat das natürliche Gefühl zwischen dem Rechte, welches der Richter auffinden soll, und der richterlichen Anerkennung stets scharf unterschieden. Wird es nicht zu allen Zeiten dem weniger gebildeten Menschen schwer, von einem Anspruch deshalb zu lassen, weil der Richter ihn verwarf? Es möchte auch kaum nachzuweisen seyn, daß der Gedanke eines sogenannten förmlichen Rechts, wie

er sich von einem höhern Standpunkt des Staats und der Doctrin aus als nothwendig darstellt, irgend einmal zum Gemeingute eines ganzen Volkes geworden wäre. Selbst Gebildetere fügen sich in richterliche Erkenntnisse, die ihren vermeintlichen Rechten nicht huldigen, nur mit Widerwillen, und wie in eine unabänderliche Nothwendigkeit; um so leichter begreift man, daß die Völker in den frühern Abschnitten ihrer Geschichte weit davon entfernt waren, einem Urtheil deshalb unumstößliche Kraft zu geben, weil es von der richterlichen Behörde ausging. Der Germane griff, wie vor dem Erkenntniß um sein Recht zu beweisen, so nach demselben um der Fügsamkeit los zu seyn, an das Schwert: der Erfolg der Waffe oder einer andern gefährlichen Handlung galt ihm für eine höhere Entscheidung, und die Leidenschaft, welche ein menschlich-vernünftiges Urtheil zu achten verschmähete, beugte sich vor dem, was der blinde Glaube ein Zeichen Gottes nannte. Selbst der Römer, welcher, soweit wir seine Geschichte kennen, einen feinern Sinn für äussere Rechtsverhältnisse und ihre künstliche Anordnung in sich trug, hatte eine Zeit, wo sehr vielen richterlichen Erkenntnissen nur ein vorübergehendes Ansehen zu Theil ward; und, worüber wir uns zumeist wundern, diese Zeit fällt nicht einmal in seine älteste Geschichte. Nachdem die Legis Actiones aufgehoben worden waren, so dauerte die Kraft eines Urtheils nicht nur bei solchen Judicia, von denen man sagte: „imperio continentur," sondern auch bei Judicia legitima, wenn man nicht in Personam, oder nicht mit einer Intentio Juris civilis geklagt hatte, nicht länger als die Magistratur dessen, welcher das Judicium anordnete. Das sagt uns Cajus *) von den Judicia,

*) Comment. IV. §. 105.

die als reiner Ausfluß des Imperium galten, ausdrücklich (tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit); von den Judicia legitima berichtet er uns, daß ihre Wirksamkeit, sobald man in Rem oder in Personam mit einer Formula in factum concepta geklagt hatte, nur vermöge einer Einrede gesichert wurde *). Daß sie indessen für die Dauer der Magistratur, unter welcher sie angeordnet worden waren, auch ohne die Einrede wirkten, darüber dürfen wir wohl keinen Zweifel hegen. Ein vollkommeneres, und durch keine Zeit beschränktes Ansehen erlangten die beiden Arten von Judicia erst dann, als man zu dem Mittel, welches die Römer allenthalben sinnig benutzten, zu dem Mittel der Einreden griff. Es ist aber weder natürlich noch wahrscheinlich, daß diese Einreden unmittelbar auf die Legis Actiones folgten und daß es mithin keine Zeit gab, in welcher gewisse Judicia einer dauernden Kraft entbehrten, ohne sie mittelbar durch Einreden zu erlangen. Das Nachtheilige einer beschränkten Wirksamkeit mußte sich erst fühlbar machen, ehe das Bedürfniß nach sichererm Schutz entstand und die Gedanken auf eine Auskunft leitete; so will es der gewöhnliche Gang der Dinge. Auf ihn gestützt können wir noch beifügen, daß wohl manches Jahrzehend dahin geflossen seyn mag, bis die Exceptiones Rei judicatâ sich nach allen Richtungen ausdehnten, und also befestigten, daß an eine Abweichung oder Ausnahme nicht mehr gedacht werden durfte. Denn das war, als sie zuerst eingeführt wurden, keineswegs der Fall; und selbst Cicero, welcher die Exceptio Rei judicatâ sehr wohl kennt, belehrt uns, daß sie zu seiner Zeit entweder nicht allgemein oder doch nicht ohne Ausnahme angewendet worden sey. Er erzählt uns nämlich in seiner Rede für Flaccus:

*) L. c. §. 106 — 108.

1 *

Cap. 21. . . . petit Heraclides a C. Plotio senatore, viro primario, qui legatus in Asia fuerat, mancipia quaedam, quae se, cum judicatum esset, per vim vindidisse dicebat. Q. Naso, vir ornatissimus, qui praetor fuerat, judex sumitur: qui cum sententiam secundum Plotium se dicturum ostenderet, ab eo judice abiit; et *quod judicium lege non erat*, causam totam reliquit.

Das Geschichtchen ist einer der Beiträge zur Karakterschilderung des Zeugen. Durch sie sucht Cicero über die Gesinnung und Handlungsweise des Heraclides ein solches Licht zu verbreiten, daß die Wirkung des Zeugnisses völlig zerstört, oder doch der Eindruck desselben geschwächt werde.

Das Gericht, vor welchem die Sache verhandelt wurde, war kein Judicium legitimum. Denn Heraclides war Asiate, ein Peregrinus; und kein Gericht, woran ein Peregrinus, sey es als Parthie oder Richter, Theil nahm, konnte legitimum seyn, ob es gleich innerhalb der Bannmeile Rom's und nur von einem einzigen Judex abgehalten wurde *).

Der Asiate nun forderte etliche Sklaven von Plotius; zum Judex ward Q. Naso bestellt; man schritt zur Verhandlung; aus ihr ergab sich bei Naso eine für Heraclides ungünstige Ueberzeugung; der Judex machte kein Hehl daraus; man schien über die künftige Entscheidung nicht zweifelhaft zu seyn; da sprang der Asiate ab und ließ den Streit liegen. Bleiben wir bei diesen einfachen Thatsachen stehen, so begreifen wir nicht, was denn Heraclides Schlimmes that, daß er vom Streit abstand. Er konnte ohne alle Arglist einzig aus dem Grunde abstehen, weil er, mit der Ansicht des

---

*) Caj. l. c. §. 105.

Judex bekannt, einen vergeblichen Streit nicht länger fortsetzen wollte. Allein Cicero gibt eine ganz andere Ursache an: „quod judicium lege non erat!"

Was bedeuten aber die Worte: „judicium lege non erat?" Bedeuten sie, das Judicium sey durch keine Lex eingeführt und geordnet gewesen, so weiß man wieder nicht, welchen Einfluß dieser Umstand auf die Entschließung des Heraclides haben, und welchen Schatten das Motiv auf dessen Denkweise werfen sollte. Bedeuten sie, das Judicium sey durch kein Gesetz gerechtfertigt gewesen, so wird es uns noch schwieriger den Vorwurf zu verstehen, welchen ihm der feine Redner machte.

Doch jene Worte können noch einen ganz andern Sinn haben, und zwar den: das Judicium sey nicht als ein solches betrachtet worden, dessen Ansehen sich auf ein Gesetz stütze; man konnte es den Judicia nicht zuzählen, welche vermöge einer Lex bestanden und wirkten; es war, um es kurz zu sagen, kein Judicium legitimum. Untersuchen wir einmal, wohin uns diese Bedeutung führe. Ist das Judicium nicht legitimum gewesen, so mochte dessen ungeachtet der Kläger aus seinem Abspringen keinen Vortheil ziehen. Denn da die Sache so weit in der Verhandlung gediehen war, daß der Judex die Richtung des Urtheils andeuten konnte, so mußte lis contestata seyn. Durch die Litis Contestatio erwarb aber der Beklagte eine Einrede, die es dem Kläger unmöglich machte, je wieder auf den Gegenstand zurückzukommen. Erschien demnach für den Kläger ohne Sentenz wie mit der gefürchteten Sentenz jeder Anspruch als vernichtet, so war es höchst gleichgültig, ob er den Streit liegen ließ, oder bis zur Abweisung fortsetzte. Ja es war sogar gleichgültig, ob das Judicium Lege oder nicht Lege erat. Denn die Unmöglich-

keit, den Proceß wieder aufzunehmen, bestand auch für das Judicium, das nicht Lege erat; indem eine Exceptio Rei in Judicium deductâ den Beklagten jederzeit schützte. Soll daher auch uns der Flecken sichtbar werden, den Cicero in dem Karakter des Heraclides zeigen wollte, sollen wir in ihm das Unsittliche, Unehrenhafte finden, das Cicero andeutet; so müßen wir voraussetzen, die Exceptio Rei in Judicium deductâ hätte bei dem Judicium zwischen dem Zeugen und Plotius nicht Platz gegriffen. Eben, weil sie nicht Platz griff, sprang Heraclides vor dem Urtheil ab, in der Absicht, den Streit bei einem gefälligern Prätor, unter einem nachsichtigern Judex mit größerer Hoffnung eines Erfolgs aufs Neue zu beginnen. In dieser eigennützigen, schnöden Absicht, die noch überdieß von dem Bewußtseyn des Unrechts so klar zeugte, lag die unehrenhafte Gewissenlosigkeit, womit Cicero den Zeugen brandmarkt. Darum ist der geflissentlich gewählte Beisatz: „quod judicium lege non erat" bezeichnend und treffend. Das Abstehen aus diesem Motiv allein ist es, wodurch das Benehmen des Heraclides tadelnswürdig wurde. Je mehr sich nun der Tadel, den Cicero auf Heraclides wirft, durch diese Erklärung herausstellt; je gewisser es ist, daß Cicero tadeln wollte und daß nur diese Erklärung etwas tadelnswerthes an Heraclides sichtbar werden läßt; desto mehr überzeugen wir uns, daß die Voraussetzung, worauf diese Erklärung gebaut ist, die Voraussetzung, es wäre bei dem Judicium zwischen Plotius und dem Temniten keine Exceptio Rei in Judicium deductâ eingetreten, wahr seyn müße.

Ich sehe wohl voraus, daß man mir die Frage entgegenhalten werde, weshalb denn der Asiate den Streit vor dem Urtheil abbrach, da er doch die Exceptio Rei judicatâ nach dem Urtheil so wenig als die Exceptio Rei

in Judicium deductâ vor ihm fürchten durfte? Es ginge auch nicht leicht an, der Exceptio Rei judicatâ größern Einfluß zuzuschreiben, als der Exceptio Rei in Judicium deductâ. Beide Einreden stehen, so weit unsere Kenntniß reicht, in einem solchen Verhältniß zu einander, daß Heraclides nach der Litis Contestatio die Exceptio Rei in Judicium deductâ entgegen war, wenn ihm nach der Sentenz die Exceptio Rei judicatâ entgegen gewesen wäre. Indessen lasse man nur nicht ausser Acht, daß es hier weniger auf den juristischen Werth der Exceptio Rei judicatâ als auf ihre innere moralische Bedeutung ankommt. Lag bereits eine ungünstige Sentenz vor, und war dieselbe von einem würdigen Mann (vir ornatissimus) ausgesprochen worden; so mußte später, wenn Heraclides wieder klagte, jeder neue Judex ein schlimmes Vorurtheil gegen seine Sache hegen. Ward aber der Streit gar nicht bis zum Erkenntniß verhandelt, so konnte die Bemerkung, daß über die Sache schon einmal verhandelt wurde, den Absichten des wiederholt Klagenden später keinen solchen Nachtheil bringen. Wer sollte auch lang untersuchen, aus welchen Gründen der Prozeß früher unentschieden blieb, aus welchen Motiven der Kläger ihn liegen ließ? Für seinen Zweck hat demnach Heraclides weislich gehandelt, daß er die Sentenz nicht abwartete; und diese Schlangenklugheit ist es eigentlich, welche ihm Cicero vorrückt; in der schlauen, gewissenlosen Wahrnehmung des eigenen Vortheils fand Cicero eine Unehrenhaftigkeit, und sollte sie nach seiner Meinung auch das Gericht finden.

Ich verhehle mir ferner nicht, daß wohl Jemand geneigt seyn könnte, mit dem Ausdruck: „totam causam reliquit" die Bedeutung zu verbinden, Heraclides habe die ganze Sache ein für allemal aufgegeben. Nimmt man diese Bedeutung an, so müßte das Un-

löbliche, welches Cicero mißbilligt, darin bestanden seyn, daß Heraclides überhaupt eine schlechte Sache, wovon er vor dem Urtheil wieder abzustehen genöthigt war, auch nur an den Richter brachte. Allein der Vorwurf erschiene immerhin sehr willkührlich; Heraclides konnte den Streit mit der besten Ueberzeugung begonnen, und mit der besten Absicht wieder aufgegeben haben, nachdem er einsah, daß der Judex seine Ueberzeugung nicht theilte. Cicero müßte jedoch bei weitem weniger feinen Takt gehabt haben, als er wirklich hatte, wenn er einen Tadel aussprechen sollte, der leicht wegen der willkührlichen und bösartigen Auslegung einer fremden Handlung auf ihn selbst zurückfallen konnte. Zudem wüßte man ganz und gar nicht, zu welchem Zwecke er das Motiv des Heraclides, und zwar das Motiv: „judicium lege non erat" anführte und geflissentlich heraushob. In den Worten: „totam causam reliquit" ist folglich der Sinn enthalten, Heraclides habe die ganze Sache liegen lassen, nicht für alle Zukunft, sondern, was Cicero durch das vorausgesetzte Motiv zu verstehen gibt, blos vor der Hand, für den Augenblick, und mit dem Vorhaben, sie später wieder aufzunehmen.

Also verhielt es sich mit der Kraft gerichtlicher Entscheidungen nach der Abschaffung der Legis Actiones. Welche Wirksamkeit war nun den Urtheilen früher noch, d. h. damals verliehen, als sich das Verfahren an der Hand der Legis Actiones regelte? Cajus *) benachrichtigt uns, daß bei dem Verfahren mit Legis Actiones jede Entscheidung für immer vollgültig gewesen sey, und nicht einmal einer Einrede zu ihrer Aufrechthaltung bedurft habe. In der That merkwürdig genug, daß die ältere Geschichte eine unbeschränkte Festigkeit rich-

*) Caj. IV. §. 108.

terlicher Aussprüche kannte, während die neuere ihrer ermangelte, bis eine fortschreitende Rechtsbildung auf künstliche Weise wieder schuf, was im Alterthum unmittelbar gegeben war. In den einzelnen Legis Actiones, so weit wir sie kennen, lag der Grund nicht. Worin lag er denn?

Ehe ich diese Frage untersuche, dünkt es mir der Mühe werth zu seyn, die Art wie ein Urtheil zu wirken vermag, näher ins Auge zu fassen. Jedes Urtheil soll ein streitiges Rechtsverhältniß ins Klare bringen, es soll entscheiden zwischen dem, der anspricht und dem, der verweigert, zwischen Kläger und Beklagten. Ein Urtheil kann aber zu dem Kläger wie zu dem Beklagten eine zweifache Beziehung haben, eine günstige und eine ungünstige.

a) Ein richterlicher Ausspruch würde nicht nur dann ungünstig für den Kläger seyn, wenn er denselben abwiese; sondern auch dann, wenn man voraussetzte, daß er, abgesehen von seinem Inhalte, schon durch sein Daseyn jede weitere gerichtliche Verhandlung über die nämlichen Gegenstände unmöglich machte. Allerdings enthielte das Ungünstige in der letztern Richtung etwas rein Formelles, das auf die angesprochenen Rechte nur in so fern Einfluß übte, als auch der Inhalt ungünstig wäre. Indessen läßt sich bei ihm ein wahrhaft materieller Nachtheil selbst bei scheinbar günstigem Inhalt denken. Müßte nämlich angenommen werden, der Kläger habe eine gewisse Zahl von Ansprüchen oder einen Anspruch in einem gewissen Umfang an den Richter gebracht, und setzt man voraus, der Richter habe ihm das Angesprochene theilweise zuerkannt, theilweise ganz mit Stillschweigen übergangen und

weder zuerkannt noch aberkannt; so würde der Kläger die unerwähnt gebliebenen Gegenstände nicht mehr vor Gericht bringen können, und, da ihm das Urtheil deshalb nichts zusprach, einen wirklichen Schaden darum erleiden, weil er des formellen Hindernisses wegen keine Entscheidung über sie herbeizuführen vermöchte. Auf der andern Seite dürfte nur dasjenige Urtheil als günstig für den Kläger angesehen werden, welches ihm ein Recht gewährt; und so weit es ihm dasselbe gewährt.

b) Dem Beklagten hingegen wäre jede richterliche Sentenz schon um deswillen günstig, weil der Kläger nie mehr auf die Punkte, welche er einmal zum Gegenstand einer gerichtlichen Verhandlung machte, klagweise zurückzukommen befugt wäre. Diese formelle Begünstigung des Beklagten, welche jedem richterlichen Erkenntnisse als solchem schon vermöge seines Daseyns anklebt, verwandelte sich nur dann in eine materielle, wenn der Inhalt des Urtheils ebenfalls günstig lautete, der Beklagte also ganz oder zum Theil freigesprochen worden wäre. Blos in dem Fall würde die formelle Gunst auch ohne Rücksicht auf den Inhalt des Urtheils einen materiellen Vortheil mit sich führen, wenn der Richter über einzelne Gegenstände der Verhandlung in seinem Erkenntnisse sich gar nicht geäussert hätte. Als ungünstig erscheint für den Beklagten jede Entscheidung, in welcher er ganz oder theilweise verurtheilt wurde.

Die hier im Allgemeinen beschriebenen Beziehungen stellen die möglichen Wirksamkeiten einer Sentenz dar. Sie lösen sich, genauer erwogen, in eine Menge einzel=

ner Wirksamkeiten auf, die sich bald als einfache Folgen eines Urtheils schon dem natürlichen Sinn aufdringen, bald als das Ergebniß einer feinern, wissenschaftlichen Consequenz zeigen.

Wir sehen uns aber von dem Standpunkte der Geschichte aus nicht im Geringsten zu der Behauptung genöthigt, daß alle die möglichen Wirkungen eines Urtheils in dem Rechtssystem irgend eines Volkes zu gleicher Zeit vorhanden gewesen seyen oder zusammen gefehlt haben. Ich halte mich vielmehr zu der Annahme berechtigt, daß es namentlich bei den Römern Perioden gab, wo das Urtheil nach einer Richtung hin voll wirkte, während man seine Kraft in einer andern Richtung nicht anerkannte. Die Erforschung der verschiedenen, möglichen Wirkungen nach ihrer geschichtlichen Erscheinung gewährt auch für die Dogmatik des Rechts nicht geringe Vortheile.

Gerade aus dem Mangel einer solchen historischen Forschung erkläre ich mir manchen Irrthum und manches Mißverständniß, auf die man in der neuesten Schrift über Litis Contestation *) stoßt; aus ihm floß es, wenn in derselben richtige Ansichten nicht mit genügender Gründlichkeit erwiesen sind. Ich spreche diese Bemerkung mit um so größerm Bedauern aus, je mehr die Schrift von Scharfsinn und Wissen zeugt.

Heben wir einmal den Fall heraus, wo ein Urtheil dem Kläger am günstigsten war, wo mithin der Kläger vollkommen obsiegte und der Beklagte verurtheilt wurde. Setzen wir nun, daß das Urtheil keine Wirksamkeit habe, so würde ihm natürlich der Beklagte keine Folge leisten dürfen. Denn daß der Richter dem Kläger Recht gab, dieser Umstand hat nach der Voraussetzung keine

*) Keller, über Litis Contestation und Urtheil nach klassischem römischem Rechte, Zürich, 1827.

Bedeutsamkeit. Der Kläger stünde folglich nach dem Urtheil eben da, wo er vor der Klage stund; eine neue Klage würde ihn um keinen Fuß weiter bringen. Daß aber jede gerichtliche Verhandlung bei solchen Verhältnissen ein leeres Spiel wäre, dürfen wir kaum bemerken. Jedermann wird mir hingegen zugestehen, daß ein gesunder Sinn den Römer vor einer solchen widersinnigen Spielerei bewahrt haben müße. Wirklich finden wir auch in den ältesten Zeiten schon eine strenge Vollziehung richterlicher Sentenzen. Leistete der verurtheilte Beklagte der richterlichen Urthel keine Genüge, so konnte sich der Kläger einer eigenthümlichen Legis Actio, der per Manus Injectionem bedienen; wodurch der säumige Beklagte in die Nothwendigkeit kam, das Urtheil zu erfüllen, oder sich durch einen Vindex mit Sponsoren vertreten zu lassen, wollte er sich nicht der Gefahr einer Addiction aussetzen *). Als die Legis Actiones abgeschafft waren, so erreichte man durch die Actio judicati dasselbe Ziel; man gelangte zur Vollziehung der Sentenz, und wenn es selbst noch was zu verhandeln gab, so mußte der Beklagte die Cautio judicatum solvi leisten. Für judicia legitima in Personam mit einer Intentio Juris civilis wird die volle Wirksamkeit gegen den Beklagten und der Gebrauch der Actio judicati von Niemanden in Abrede gezogen werden.

Ich behaupte aber, daß auch bei Judicia, die aus dem Imperium floßen, und bei Judicia legitima in Rem und in Personam mit einer formula in factum concepta die Wirksamkeit gegen den Beklagten auf gleiche Weise bestand, und dem Kläger von jeher die Actio judicati unmittelbar gewährt wurde. Diese Behauptung beweist sich schon daraus, daß bei einer entgegengesetz-

*) Meine Abhandlung, ad Liv. III, 44 — 48. Cap. I., II, und VI.

ten Annahme diese Judicia dem Kläger zu gar nichts genützt hätten; er würde Zeit und Mühe vergeblich auf die Verhandlung gewendet haben; und solche leere bedeutungslose Judicia mußten natürlich lächerlich werden. Man sage indessen nicht, der Magistrat, welcher das Judicium anordnete, habe dem Ausspruch in der Regel Ansehen verschafft, indem diese Judicia wenigstens für die Dauer des Imperium volle Gültigkeit genossen: denn selbst an diesen Magistrat mußte sich der Kläger, wenn der Beklagte den Inhalt des Urtheils nicht erfüllte, mit einer Klage wenden, er mußte demnach eine Klage auf Erfüllung haben. Das Daseyn einer Klage, welche auf Erfüllung des Erkenntnisses gerichtet war, würde aber schon auf eine dauerndere Gültigkeit führen; da man wohl schwerlich eine Klage für die Dauer der Magistratur in einem Falle gewährte, wo der Beklagte nach der Magistratur das in Folge der Klage Geleistete wieder an sich fordern konnte, weil der Rechtsgrund der Leistung, die Verurtheilung, alle Wirksamkeit verloren hatte. Ueberdieß gab es ohne Zweifel Verhältnisse in Menge, wo die Dauer des Imperium nicht mehr hinreichte, damit der Magistrat die gefällte Sentenz zur Vollziehung brachte. Für diese Verhältnisse bedurfte es sogar in späterer Zeit, in welcher die Exceptiones Rei in judicium deductâ und Rei judicatâ aufgekommen waren, eines Schutzmittels. Die Exceptio Rei judicatâ mochte den Kläger wohl schützen, wenn der Magistrat, welcher das Judicium anordnete, das Urtheil auch bereits vollzogen hatte. Wie sollte aber der Kläger vermöge dieser Einrede erst zur Erfüllung gelangen? Jedermann fühlt doch, daß hier eine Einrede nicht ausreichte und daß es eine Klage gewesen seyn müße, wodurch der Kläger Erfüllung begehrte und erhielt.

Je mehr wir nun bedenken, wie nothwendig es war, dem Kläger auch bei den Arten der Judicia, die wir hier im Auge haben, einen Erfolg für die ausgesprochene Urthel zu sichern; desto mehr fällt es uns auf, nirgends ein Mittel angegeben zu finden, das diesem Ziele entgegenführte. Der Gedanke liegt daher ganz nahe, daß dieses Mittel kein anderes gewesen seyn werde, als die Actio judicati, und daß man desselben für die Judicia, welche sich im Imperium gründeten und für Judicia legitima mit einer in factum concipirten formula nicht erwähnen durfte, weil in der Wirksamkeit der Urtheile gegen den Beklagten zwischen den verschiedenen Judicia nie ein Unterschied gemacht, sondern bei allen die Actio judicati mit derselben Bedeutsamkeit gestattet wurde.

Jetzt vergleiche man einmal das, was uns Cajus über die Judicia, welche eine Folge des Imperium waren und über gewisse Judicia legitima mittheilt.

Caj. IV. §. 106. Et siquidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quae in factum concepta est, sive ea, quae in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest et ideo recessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae. §. 107. At quum *) legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, po-

*) Göschen liest: „at vero si." Ich bin ihm deshalb nicht gefolgt, weil das Zeichen des Codex auch auf das Wörtchen „quum" hindeuten könnte, und weil nach meiner Leseart sowohl „vero" als „si" überflüssig wird. Mit „at" verbunden paßt „vero" wenigstens nicht in unsere Stelle, und das Wörtchen: „si" hat Göschen ohne alle Berechtigung willkührlich eingeschaltet.

stea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est. Si vero vel in rem, vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae.

Offenbar hat Cajus in dieser Stelle nur an den Kläger gedacht; und könnte man auch sonst die Thätigkeit des Beklagten mit: „agere" bezeichnen, so wird doch der unbefangene Leser in den Worten des Cajus keine Beziehung auf den Beklagten entdecken. Cajus beschreibt blos das Mittel, wodurch man sich gegen den Kläger decken könne. Hievon überzeugt man sich noch mehr, wenn man eine andere Stelle, worin die Beziehung auf den Kläger ausschließlich und entschieden herausgehoben wird, damit in Verbindung bringt.

Caj. III. §. 181. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo, dari mihi oportere; quia litis contestatione dari oportere desiit. Aliter atque si imperio continenti judicio egerim: tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatae vel in judicium deductae summoveri.

Gegen den Kläger also, wenn er die Entscheidung nicht achten wollte, ist ein Mittel erforderlich gewesen und gegeben worden. Von dem Beklagten schweigt Cajus. Dennoch hätte auch ein Mittel gegen den Beklagten angeführt zu werden verdient; um so mehr, als dieses Mittel in einer Klage bestehen mußte, und es doch merkwürdiger war zu berichten, welche Klage das gewesen, wie man auf sie gekommen, und weshalb sie unentbehrlich schien. Das Stillschweigen des Cajus ist

noch auffallender, wenn man erwägt, daß er die Art der Hülfe gegen den Kläger ganz genau erörtert. Hieraus dürfen wir mit Recht schließen, daß gegen den Beklagten die Actio judicati ohne allen Unterschied der Judicia gegeben wurde, und daß sich das von allen Zeiten her so verhielt, mithin auch keine besondere Erwähnung verdiente.

Ich will nun noch eine Erzählung Cicero's näher untersuchen.

Cic. pro Flacco., c. 20 — 21. Itaque recuperatores contra istum rem minime dubiam prima actione judicaverunt. Cum judicatum non faceret, addictus Hermippo et ab hoc ductus est. Habetis et honestatem hominis, et auctoritatem testimonii, et causam omnem simultatis. Atque is ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset, Romam se contulit: deinde in Asiam rediit, cum jam frater meus Flacco successisset. Ad quem adiit, causamque ita detulit: recuperatores, vi Flacci coactos et metu, falsum invitos judicavisse. Frater meus, pro sua aequitate prudentiaque, decrevit, ut, si judicatum negaret, in duplum iret; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores. Recusavit: et, quasi nihil ésset actum nihil judicatum, ab Hermippo ibidem mancipia, quae ipse ei vendiderat, petere coepit. M. Gratidius, legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit: re judicata stari ostendit placere.

Die Erzählung betrifft denselben Heraclides, von dem bereits oben die Rede gewesen ist. Das Urtheil, welches zwischen ihm und Hermippus gefällt wurde, war das Ergebniß eines Judicium, das mit dem Imperium zusammen hing; da dieses Judicium nicht nur

in der Provinz angeordnet, sondern auch vor Recuperatoren und zwischen Peregrinen abgehalten wurde.

Dessen ungeachtet ließ es Flaccus vollziehen; wie man in Rom selbst die in einem Judicium legitimum auf eine Actio in Personam mit einer Intentio Juris civilis gefällten Urtheile vollzogen haben würde: Heraclides sollte Judicatum facere, er that es nicht, und die Actio judicati hatte den Ausgang, daß man ihn addicirte.

Indessen ging Flaccus ab; vor seinem Nachfolger, dem Bruder Cicero's, wollte Heraclides die frühere und vollzogene Sentenz angreifen; d. h. er forderte die dem Harmippus kaufsweise und zur Befriedigung übergebenen Sklaven zurück. Wie mußte nun der Legat Gratidius entscheiden? Wäre es wahr, daß ein Judicium Imperio continens auch gegen den Beklagten nur mittelbar gewirkt hätte, so mußte Gratidius eine Klage geben und sie durch die Exceptio Rei judicatâ beschränken, d. h. durch die Thatsache eines vorhandenen Urtheils bedingen. Statt dessen verweigert Gratidius sogar die Klage (actionem se daturum negavit), gerade als wie der Prätor in Rom die Klage hätte verweigern müßen, wenn Heraclides in einem Judicium legitimum in Folge einer Actio in Personam und auf eine formula in Jus concepta verurtheilt worden, d. h. wenn das Urtheil ipso Jure kräftig und unangreifbar gewesen, Heraclides dem Urtheil nachgekommen wäre, und dann hintendrein das zur Befriedigung Gegebene (quasi nihil esset actum, nihil judicatum) zurückgefordert hätte. Sehen wir hieraus nicht klar, daß die Bedeutsamkeit eines Urtheils gegen den Beklagten ganz dieselbe war, in welcher Art von Judicium dasselbe auch ausgesprochen ward?

Daher erklärt es sich, daß Quintus Cicero, an welchen Heraclides seine Forderung zuerst gebracht hatte,

den Beschluß faßte, der Kläger müße sich der Gefahr doppelter Leistung aussetzen, wenn er das Daseyn des Urtheils anföchte, oder sich gegen dasselbe wieder in den alten Stand setzen, dabei sich aber die Besetzung durch die vorigen Recuperatoren gefallen lassen. Würde eine Sentenz, in einem Judicium Imperio continens ausgesprochen, an sich nicht über die Magistratur hinaus gedauert haben; so gab es für Heraclides noch einen Ausweg, den, welchen er wirklich einschlug, indem er das zur Zahlung Gegebene ohne alle Rücksicht auf ein Urtheil zurückverlangte. Dieser Meinung stimmte aber weder Cicero noch der Legat bei. Cicero wollte sogar, daß Heraclides der Strafe des Doppelten unterliege, wenn er das Urtheil leugnete; und doch konnte diese Strafe vernünftiger Weise nur eintreten, wo das Urtheil volle Kraft hatte. Denn denjenigen, der das Daseyn eines Urtheils leugnete, weil nach Beendigung der Magistratur dieses Urtheil alle seine Kraft verloren hatte, also rechtlich als nicht vorhanden gelten mußte, einen solchen konnte man doch wohl nicht mit der Pöna dupli belegen. Folglich hat auch Cicero das vorhergegangene Urtheil als vollgültig angesehen.

Fügt man den oben besprochenen, unmittelbar darauf erzählten Prozeß des Heraclides gegen Plotius hinzu; und erwägt man, daß Heraclides als Kläger gegen Plotius den begonnenen Proceß liegen ließ, weil er ihn, wie Cicero andeutet, später mit besserm Erfolg ohne Furcht einer Einrede zu erneuern gedachte, erwägt man mithin, daß die Litis Contestatio gegen den Heraclides als Kläger nach der Bemerkung des Cicero, (quod judicium lege non erat) keine hindernde Kraft hatte; so bekömmt das Dekret des Quintus Cicero, und der Beschluß des Gratidius eine um so größere Wichtigkeit. Während die Litis Contestatio einflußlos

gegen den Kläger bleiben sollte, so trug das Urtheil alle Merkmale der Vollgültigkeit gegen den Beklagten an sich. Kläger und Beklagter stunden demnach für alle Judicia Imperio continentia und selbst für alle Judicia legitima, sobald eine Actio in Rem angebracht, oder eine formula in factum gegeben worden war, durchaus nicht auf gleicher Linie. Das Urtheil hatte gegen den Beklagten die nämliche Wirkung, wie wenn es in einem Judicium legitimum auf eine Actio in Personam und eine formula in Jus concepta ausgesprochen worden wäre.

Ganz anders erscheint die Sache in der neuesten Schrift über Litis Contestation und Urtheil. In derselben wird zwischen den Wirksamkeiten des Urtheils nach den einzelnen Richtungen gegen den Kläger oder den Beklagten gar nicht unterschieden, sondern der Einfluß des Urtheils im Ganzen besprochen, und nur der direkten und indirekten Wirkung besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Keller sagt, daß in den Fällen, wo das Urtheil nicht direkt wirkte, also bei allen Judicia Imperio continentia und bei denjenigen Judicia legitima, welche in Rem oder mit keiner Intentio Juris civilis in Personam gingen, aus jeder Condemnatio eine neue Obligatio entstehe, deren Inhalt ebenfalls ein Judicatum facere oportere sey, und die mit der Actio judicati geltend gemacht werde *).

Selbst vom dogmatischen Standpunkte aus, auf welchen sich Keller für die Zeit des klassischen römischen Rechts gestellt hat, ist es unrichtig, daß die indirekte Wirkung eines Urtheils eine neue Obligatio schaffe. Darin gerade liegt das Ausgezeichnete der Judicia Imperio continentia, der Actiones in Rem und der formulä in

*) Keller, l. c. S. 207.

factum conceptâ, daß aus dem Urtheil keine Obligatio entstand *), man sollte daher höchstens sagen, es werde bei solchen Urtheilen eine Actio judicati gegeben, als ob durch das Urtheil eine Verbindlichkeit erzeugt worden wäre. Außerdem paßt der Ausdruck: „neue Obligatio" ganz und gar nicht auf Actiones in Rem, bei denen, nach Kellers **) eigener Meinung, die direkte Wirkung hauptsächlich deshalb fehlte, weil keine Obligatio zu noviren, mithin auch keine neue zu bilden war.

Doch abgesehen hievon, begreift man nicht, wie eine indirekte Wirkung zur Actio judicati führt. Ein Urtheil indirekt vermöge einer Exceptio aufrecht erhalten und wirken lassen, das ist denkbar, mit römischen Formen und Begriffen wohl zu vereinigen. Aber wie man dem Urtheil eine blos mittelbare Bedeutung zuschreiben, und nichts desto weniger eine unmittelbare Klage gewähren könne, das würden wir blos dann verstehen, wenn wir zwischen einer mittelbaren Wirkung und einer unmittelbaren Klage keinen Widerspruch erkennen wollten. Dieser Widerspruch verminderte sich durch die Annahme, daß die Actio judicati nur utiliter gegeben worden sey, nicht im Geringsten; und es wäre nur noch merkwürdiger, bei Cajus, der doch den Einfluß der verschiedenen Judicia geflissentlich und an zwei Orten abhandelt, nicht die mindeste Bemerkung deshalb zu finden.

Man möchte sich leicht geneigt fühlen, meiner Ansicht entgegenzuhalten, daß es doch sonderbar sey, in der Wirkung des Urtheils zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu unterscheiden, und jedem Urtheil ohne alle Rücksicht auf die Art des Judicium gleichen Ein-

*) Ich hoffe indessen später zu zeigen, daß überhaupt aus keinem Urtheil, abgesondert von der Litis Contestatio, eine Verbindlichkeit hervorging.

**) L. c. S. 117 ff.

fluß gegen den Beklagten beizulegen, während gewisse Judicia entschieden geringere Bedeutung gegen den Kläger äusserten. Allerdings müßten wir auch in Belegenheit seyn, diese Sonderbarkeit zu erklären, wüßten wir überhäupt nicht darzuthun, daß die Römer den Beklagten etwas strenger hielten, und die Rechtsmittel gegen ihn unter weniger erschwerenden Voraussetzungen gestatteten.

Die zwölf Tafeln verlangten nicht einmal ein Urtheil oder eine gerichtliche Verhandlung um die Manus Injectio eben so zu gestatten, wie wenn ein Urtheil vorläge. Sie behandelten das Confessum Aes ganz gleich mit einem Urtheil *). Diese Gleichstellung beweißt zur Genüge, daß es gar keiner gerichtlichen Verhandlung bedurfte, um den Beklagten in dieselbe Lage zu versetzen, in welche er nach einer Condemnatio kommen mußte, und daß die gegen ihn angewandte Strenge von der Form und der Art des Verfahrens völlig unabhängig war. Wenn aber selbst zur Zeit der Legis Actiones der Beklagte auf seine Confessio vor dem Magistrat eben so behandelt wurde, wie nach der Verurtheilung durch den Judex, und wenn zur Zeit der Legis Actiones auf die Art und Form des Verfahrens keine Rücksicht genommen wurde, so war es sehr natürlich, daß man nach Abschaffung der Leges Actiones gegen den Beklagten bei allen Akten von Judicia gleich verfuhr. Mußte man nicht den Ausspruch des Judex bei einem Judicium Imperio continens, und bei einem Judicium legitimum mit einer Actio in Rem oder einer formula in Factum concepta einer Confessio vor dem Magistrat an die Seite stellen? Wirkte das bloße Ansehen des Magistrats auch ohne alle Verhandlung und Verurtheilung durch den Judex

*) Meine Abhandl., ad Livii III. 44 — 48. pag. 25.

dermaßen, daß man in Gemäßheit der zwölf Tafeln ein vor ihm abgelegtes Bekenntniß wie eine Sentenz beurtheilte; so konnte man einer Sentenz, die als Resultat irgend eines Judicium erschien, nicht mindere Ehre erweisen. Floß doch jedes Judicium aus der Würde des Magistrats; und ein jedes ist zum Mindesten für die Zeit der Magistratur von Bedeutung gewesen. Umgekehrt würden wir uns billig wundern, wenn man die zwölf Tafeln, diese Quelle alles Rechts, mit ihrer Ansicht über das Verfahren gegen einen Beklagten nicht analog auf jede Sentenz, in welchem Judicium sie auch gefällt wurde, angewendet hätte; während man in den spätesten Zeiten noch in ihre Bahn trat und den Bekennenden als einen Verurtheilten ansah (confessus pro judicato habetur).

So erklärt es sich ganz einfach, daß die Wirkung eines jeden Urtheils gegen den Beklagten stets dieselbe blieb, und daß gegen ihn nach Aufhebung der Legis Actiones aus jedem Urtheil die Actio judicati statt fand, wie sonst, als man gemäß den Legis Actiones verfuhr, die Manus Injectio statt gefunden hatte.

Dieß der Einfluß eines Urtheils gegen den Beklagten.

In einem ganz andern Lichte erblicken wir die Wirksamkeit gerichtlicher Entscheidungen gegen den Kläger. Ward der Beklagte von einer Klage entbunden, der Kläger abgewiesen, und steht der letztere im Augenblick zurück und verhält sich ruhig, tritt aber nach Jahren wieder auf; so erscheint die ältere Entscheidung nicht mehr von so hoher Bedeutsamkeit. Der Kläger hatte vielleicht Recht; soll er dieses der irrigen Ansicht eines vorhergehenden Richters wegen auf immer verlieren? In einem Lande, wo die Magistratur nur kurz währte, und es nicht selten geschehen mußte, daß die auf einander folgenden Magistrate von ganz verschiedenen Grund-

sätzen ausgingen, konnte es nicht besonders auffallen, wenn ein späterer Magistrat die Fehler seines Vorgängers gut machte. Das begründete Recht eines Klägers mag nicht wohl darum als vernichtet gelten, weil es einmal mißkannt wurde. Man müßte eigentlich den Gedanken eines formellen Rechts recht stark festhalten, um ein Urtheil unwiederbringlich gegen den Kläger wirken zu lassen.

Trotz dem konnte man sich sagen, daß man unter solchen Umständen nur schwer zu einer Sicherheit der Rechtsverhältnisse gelangen könne, und, weil der abstrakte Begriff eines formellen Rechts den ältern Zeiten ferne lag, auf ein Mittel sinnen, um diese Sicherheit dennoch zu erlangen.

Die Römer hatten aber gewiß ein solches Mittel ersonnen; denn damals, wo man nach Legis Actiones verfuhr, übte jede Sentenz gegen den Kläger, wie gegen den Beklagten eine unbeschränkte Kraft aus.

Welches Mittel wird es nun gewesen seyn?

Die Völker in frühern Perioden glauben zumeist an das Wort. Auch der weniger Einsichtsvolle hat Sinn dafür, daß man das halten müße, was man zugesagt. Der Vertrag bildete die einfachste Weise, um jedem Urtheil gegen den Kläger Wirkung zu verschaffen. Als die Römer das Schicksal ihrer Vaterstadt auf den Ausgang des Kampfes zwischen Horatiern und Curiatiern stellte, da beschworen sie einen Vertrag, welcher der Entscheidung der Waffen volle, bindende Kraft im Voraus ertheilte.

Doch wie mußte der Vertrag beschaffen seyn, wenn man den Zweck durch ihn erreichen sollte? Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß man, ob gleich im Allgemeinen die Absicht bei allen Arten von Streitigkeiten auf vollständige Kräftigkeit der Sentenz gerichtet war,

im Einzelnen doch etwas Anderes bei Actiones in Personam und etwas Anderes bei Actiones in Rem herbeizuführen suchte.

1. Hatte der Kläger in Personam geklagt, und der Beklagte sollte zum Voraus durch Vertrag sicher werden, daß der ganz oder theilweise abgewiesene Kläger denselben Anspruch nie mehr vor den Richter bringen könne, so mußte der Kläger gleich im Beginne der gerichtlichen Verhandlung seinen Anspruch an den Beklagten aufgeben. Das Aufgeben durfte freilich, wenn der Kläger keinen Verlust erleiden sollte, nicht unbedingt geschehen. Der Kläger mochte seinen Anspruch nur in so fern und in so weit aufgeben, als er von dem Richter abgewiesen werden würde.

In einer solchen Uebereinkunft lag es von selbst, daß der Beklagte den Kläger befriedige, sobald der Richter für denselben entschieden haben würde. Mit einem einfachen Verzicht des Klägers auf seine Forderung ihrem ganzen Umfang nach ließ sich mithin die Sache nicht abthun; eben so wenig war es für den Beklagten gerathen, sich unter der einfachen Bedingung eines gegen ihn lautenden Erkenntnisses zu verpflichten. Der Kläger konnte blos verzichten, so weit der Beklagte freigesprochen würde, der Beklagte sich blos in so fern verpflichten, als er selbst verurtheilt würde.

Auch sollte der Ausspruch des Richters nicht gleichsam die Thatsache bilden, woran sich die Bedingung einer Obligatio knüpfe. Der Ausspruch des Richters hätte sonst allzusehr dem Wurf eines todten Würfels geglichen; und die Ansicht paßte doch nicht zu der Achtung, die man für die Würde des Richteramtes hegte. Gab hingegen der Kläger seinen Anspruch auf, und behielt sich die Leistung bevor, in so weit der Beklagte verurtheilt werden würde; nahm der Beklagte den Ver-

zicht an, und verpflichtete sich, in wie weit er verurtheilt werden würde; so ward die Absicht des Klägers und des Beklagten erreicht, ohne daß sie der Magistratur zu nahe traten. Denn die Thätigkeit des von ihr angeordneten Judicium war nicht die blinde Bedingung der abgeschlossenen Verträge, sondern ein lebendiger Schöpfer, der nicht allein die Gültigkeit, sondern auch den Gehalt jener Verträge bestimmte.

Ich bediente mich des Worts Verträge, weil die entworfene Uebereinkunft zwischen Kläger und Beklagten mehr denn einen Vertrag enthielt. In ihr lag nämlich eine Befreiung und eine Verpflichtung. Die alte Verbindlichkeit schwand; eine neue, verschiedene trat an ihre Stelle.

2. Anders gestaltete sich alles, wenn in Rem geklagt worden war. Ein Befreiungsvertrag half dem Beklagten nicht und war nicht einmal denkbar. Indem es sich von keiner Forderung, sondern von einem dinglichen Rechte handelte, so war der Beklagte und Besitzer nur alsdann sicher, wenn der Kläger dasselbe auf ihn übertrug. Unter dieser Uebertragung wird natürlich nicht die bloße Verabredung verstanden, daß der Beklagte die Sache behalten dürfe, wenn der Kläger abgewiesen wäre. Eine solche Verabredung hätte den Beklagten nicht geschützt, wenn sie nicht den Sinn hatte, daß der Beklagte Eigenthümer der Sache seyn solle, da der Kläger, so lange er das Eigenthum nicht abgab, sein Eigenthum auch ansprechen mochte.

Uebertrug aber der Kläger sogleich beim Eingang eines Streits sein dingliches Recht auf den Beklagten, so war es natürlich, daß der Beklagte einen Preis dafür versprach; denn unentgeldlich konnte ohne Nachtheil des Klägers die Uebertragung nicht geschehen. Damit indessen der Beklagte, im Fall seines Sieges, den Preis

nicht auch zahlen durfte, wodurch er nur desto mehr Verlust gehabt hätte; so begreift sich leicht, daß man durch eine Nebenbestimmung hiefür Sorge trug. Sey es nun, daß man diese Nebenbestimmung positiv, sey es daß man sie negativ abfaßte; sey es mithin, daß der Beklagte sich verpflichtete, den Preis blos dann zu zahlen, wenn und so weit das Eigenthum des Klägers anerkannt werden würde, sey es, daß er unter der Voraussetzung des eigenen Siegs von der Zahlung befreit wurde; so ward der Zweck auf gleiche Weise erreicht.

Siegte der Kläger, so erhielt er den Werth der Sache; siegte der Beklagte, so konnte der Kläger nie mehr klagen, weil der Beklagte für alle Umstände das Recht des Klägers erworben, und durch dessen Abweisung blos das gewonnen hatte, daß er den Preis nicht entrichten durfte.

II.

Beweis,

daß die

Litis Contestatio

ehemals in einem wirklichen Vertrage bestand.

Nachdem wir gesehen, daß, um einem Urtheil volle Wirksamkeit zu verschaffen, die Abschließung eines Vertrags das einfachste, und eben darum auch das wahrscheinlichste Mittel gewesen sey, so will ich jetzt noch einen Schritt weiter thun. Ich behaupte, daß man sich in ältern Zeiten, in den Zeiten der Legis Actiones dieses Mittels wirklich bedient, und die Sicherheit eines gerichtlichen Ausspruchs dadurch zu erreichen gesucht

habe. In der Abschließung von Verträgen beim Beginn einer gerichtlichen Verhandlung bestand das, was man Litis Contestatio nannte.

Ich fühle gut, wie sehr man berechtigt sey, für diese Behauptung noch andere Gründe zu verlangen, als die bloße allgemeine Wahrscheinlichkeit; und ich will auch diesem Verlangen zu entsprechen suchen.

Aus der Darstellung am Ende des vorigen Abschnitts erhellt zur Genüge, wie sehr verschieden die Verträge bei Actiones in Rem und bei Actiones in Personam gewesen seyen. Es erscheint mir daher als passend, die Beweise zu sondern, und für eine jede der zwei Arten von Actiones abgeschieden zu liefern.

Ich fange mit den Actiones in Personam an. In Beziehung auf dieselbe habe ich zu beweisen, daß die alte Obligatio durch einen Vertrag aufgehoben, der Beklagte von derselben befreit, und an ihre Stelle eine andere, neue gesetzt wurde.

§. 1.

Noch in spätern Zeiten sagte man, daß durch Litis Contestatio ein Vertrag geschlossen werde *). Darunter verstand man freilich keinen eigentlichen Vertrag mehr, aber man sah die Sache so an, als ob etwa ein Vertrag abgeschlossen worden wäre.

Woher kam diese Annahme? Man verweise mich nicht auf die Wissenschaft, welche hier, wie in manchen andern Verhältnissen aus denen eine Obligatio entstand, etwas Vertragartiges voraussetzte, obgleich in der That kein Vertrag eingegangen wurde. Denn hiemit würde meine Frage nicht beantwortet, sondern nur weiter hinausgerückt. Woher kam es, daß durch die Litis Conte-

*) L. 3. §. 11, D. de pecul. l. 22. D. de tut. et rat. distr. l. 83. §. 1. D. de verb. obl.

statio eine Verbindlichkeit entstand? Kein Bedürfniß führte auf diese Voraussetzung; man konnte das Urtheil in jedem Betracht ohne die Fiction eines Vertrags wirken lassen. Hätte ich zuerst nach dem Entstehuugsgrunde der Obligatio gefragt, so würde man mir vielleicht geantwortet haben, es sey aus der Litis Contestatio eine Verbindlichkeit hervorgegangen, weil dieselbe eine Art Vertrages enthielt. Der Zirkel in der Erklärung springt in die Augen. Wird die Obligatio aus einem vorangenommenen Vertrag erläutert; womit erläutert sich die Voraunahme eines Vertrags? Hat man die Idee des Vertrags hier, wie sonst oft, nur gebraucht, um daraus die unzweifelhafte Entstehung eines obligatorischen Verhältnisses zu erklären; aus welcher Quelle floß das obligatorische Verhältniß selbst? Keller scheint die Schwierigkeit gefühlt zu haben; deshalb sagt er *):

„Das ganze Verfahren in Jure ist ja eine Verhandlung zwischen den Partheien und dem Prätor über die Abfassung der formula, durch diese aber wird die Richtung und Bedeutunz des bevorstehenden Judicium normirt, d. h. die Bedingungen, unter welchen condemnirt oder absolvirt werden soll, festgesetzt. Das Ganze hat daher allerdings eine gewisse Aehnlichkeit mit einem Vertrag, und zwar gerade über ein Condemnari oportere, über eine künftige Condemnation, welche unter gewissen Bedingnngen erfolgen soll.“

Hier werden wir mit einemmale auf einen Standpunkt gebracht, welchem der Vertrag so nahe liegt, daß man glauben sollte, das Wort werde auch noch ausgesprochen. Nicht im Mindesten. Wenn aber alle Verhandlungen vor dem Prätor nicht hinreichen, um einen

---

*) L. c. S. 129.

wirklichen Vertrag anzunehmen, so haben wir die Voraussetzung eines Vertrags durch jene „gewisse Aehnlichkeit“ noch nicht genügend erklärt.

Ich begreife wohl, daß man sich sehr leicht aus der Verlegenheit ziehen könne, wenn man sich zu der Behauptung entschließt, es sey vermöge einer Fiction ein Vertrag in die Litis Contestatio hineingelegt, und gemäß dieser Fiction eine Verbindlichkeit aus ihr herausgefolgert worden. Allein womit läßt es sich rechtfertigen, daß man ohne alle historische Andeutung zu dem Deus ex Machina einer Fiction greift. Fictionen schließen sich an etwas Bestehendes an, das in ihnen gleichsam aufs Neue gesetzt wird, um ein Bedürfniß im Sinne bereits gegebener Normen zu befriedigen. Woran sollte sich aber hier die Fiction angeschlossen haben? Sie müßte sich nur an das Daseyn von Verträgen überhaupt angeschlossen haben; doch dieses Daseyn macht uns das Bedürfniß einer künstlichen Reproduktion noch keineswegs deutlich.

Ueberdieß fiele die Fiction in sehr frühe Zeiten. Wie man später nach dem Gebrauch der Exceptiones Rei judicatä und in Judicium deductä zu der Fiction gekommen seyn sollte, läßt sich durchaus nicht einsehen. Durch die Exceptionen war der Erfolg einer jeden gerichtlichen Verhandlung gegen den Kläger vollkommen gesichert; und wenn man vor den Exceptionen schon das Urtheil vollständig gegen den Beklagten wirken sah, so bedürfte man nach denselben keiner besondern Auskunft mehr. Die frühere Zeit war aber nicht die der Fictionen. Sie paßten nicht zur alten Strenge noch die alte Strenge zu ihnen. Fictionen setzen schon größere Rechtsbildung voraus, größern, wissenschaftlichen Zusammenhang der Rechtsnormen. Demnach bliebe die Nothwendigkeit, die Fiction als ein Erzeugniß der neuern Zeit

zu betrachten, während die ältere ohne sie ausreichte, während Alles, was mit der aus der Litis Contestatio hervorgegangenen Verbindlichkeit aufs Innigste zusammenhing, die Actio judicati, die Obligatio judicatum facere schon als sehr alt erscheint.

Gibt man hingegen zu, daß die gerichtlichen Verhandlungen ursprünglich mit einem Vertrage begannen, und in dem Abschluß solcher Verträge gerade die Litis Contestatio bestand; so konnte auch nach einer Aenderung des alten Verfahrens die alte Wirkung aufrecht erhalten werden. Der ehemals abgeschlossene Vertrag hatte seine natürlichen Folgen; die Folgen überlebten den Vertrag, der später in Wirklichkeit nicht mehr abgeschlossen wurde, aber seine Eigenschaft als Schöpfer jener Folgen wurde nicht verkannt. Für die spätern Epochen des römischen Rechts enthielten die Worte: „judicio contrahitur" und die daraus erklärte Obligatio immer noch etwas Fingirtes; allein die Fiction hätte ihre gute Ursache. Sie reihete sich an das, was sonst Wahrheit gewesen. Ehemals sagte man mit vollem Rechte: „judicio contrahitur;" später sagte man es nur fictionsweise.

§. 2.

Wir erfahren noch in ziemlich neuern Perioden, daß durch Litis Contestatio die frühere Obligatio aufgehoben werde; und dieses Aufheben, in Verbindung mit der Schöpfung einer neuen Obligatio, gab Veranlassung, die Litis Contestatio hie und da mit einer Novation zu vergleichen. Wie gelangte man doch zu der Vernichtung der alten Obligatio? Daraus, daß man mit der Litis Contestatio eine neue Verbinblichkeit entstehen lassen wollte, folgte ganz und gar nicht, daß nun die ältere aufgehoben werden müße. Denn wir kennen manche

Rechtsverhältnisse, bei denen neue Obligationen neben den ältern entstanden. So müßen wir denn wieder zur Fiction greifen, und uns vor ein Geheimniß hinstellen, das wir weder aus geschichtlichen Gründen, noch aus einer nothwendigen Folgerung der Doctrin, noch endlich aus einem Bedürfniß des Lebens zu enträthseln vermögen.

Zu dieser Schwierigkeit gesellt sich eine zweite. Durch jede Novation gehen die Accessorien der alten Verbindlichkeit, Bürgschaften, Pfandrechte ꝛc. verloren. Bei der Litis Contestatio wurde ein großer Theil der Accessorien erhalten; nur die Bürgschaft und die Zinsverbindlichkeit gingen zu Grunde *). Was erzeugte diesen Unterschied?

Keller handelt den Untergang der Bürgschaft, und einzelne diese Lehre betreffenden Stellen mit einer Weitläufigkeit ab, die der Gegenstand nicht erforderte **). Wir können uns recht gut erklären, warum die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen mit der Litis Contestatio aufhörte; aber wir möchten gerne wissen, warum das Pfandrecht, Privilegien nicht aufhörten.

„Die Novation entsteht durch die Litis Contestatio unabhängig von der Willkühr der Partheien, und eine solche unvermeidliche Zerstörung der bestärkenden und sichernden Accessorien wäre daher nicht nur höchst drückend, sondern auch ganz widersprechend der Idee der gerichtlichen Rechtsverfolgung, wodurch gerade der endliche Effekt der Rechte vollständig gesichert werden soll ***).“

---

*) L. 11. §. 1. D. de pign. act. l. 13. §. 4. D. de pig. l. 29. D. de novat. l. penult. C. de fidej. Cicero, ad Attic. XV. 16.

**) L. c. §. 52. ff. §. 66.

***) Keller, l. c. S. 99.

Dasselbe hat schon Paulus kurz also ausgedrückt *): „neque enim deteriorem causam nostram facimus, actionem exercentes sed meliorem.“

Allein jetzt wird die Frage um so dringender, weshalb denn die Bürgschaft doch unterging? Keller läßt uns mit dieser Frage völlig im Stich. Der Unterschied des Einflusses, den die Litis Contestatio auf einzelne Accessorien hatte, steht wie ein Räthsel vor uns. Hinsichtlich der Bürgschaft hat man in Vergleich mit andern Accessorien eine „ungebührliche Härte **)“ angewendet; hinsichtlich anderer Accessorien in Vergleich mit der Bürgschaft eine Inconsequenz begangen.

Wir finden den Unterschied zu aller Genüge erklärt, sobald wir die Meinung festhalten, daß man früher die gerichtlichen Verhandlungen mit einem wahrhaften Vertrag begann.

Die Bürgschaft ist ein sehr altes Institut. Sie war nach ihren verschiedenen Erscheinungen, als Sponsio, Fidepromissio, Fidejussio schon zur Zeit der Legis Actiones in vollem Gang und Gebrauch ***). Sie mußte also in Folge des Befreiungsvertrags der alten Strenge gemäß erlöschen. Nachdem indessen die Legis Actiones, und mit ihnen die wirklichen Verträge abgekommen waren, so konnte die Litis Contestatio auch in den Fällen, wo man sie als wahren Vertrag wirken ließ, die ursprüngliche Kraft nicht wohl beibehalten; vielmehr mußte derselben nach dem natürlichen Lauf der Dinge mit der Zeit mancher Abbruch gethan werden.

Dadurch geschah es, daß Pfandrechte, so weit sie überhaupt dabei zur Sprache kommen mochten, und persönliche Privilegien unter der Fiction eines aufheben=

*) L. 29. D. de novat.

**) Keller, l. c. S. 561. not. 1.

***) Caj. III. §. 121. sequ. vergl. mit IV. §. 22.

den Vertrags nicht litten, weil sich ihr Ursprung erst lange nach den Legis Actiones zeigt.

Ich sage von den Pfandrechten geflissentlich: „so weit sie zur Sprache kommen mochten.“ Denn das Pfandrecht durch fiducia, welches wohl gewiß sehr alt war, konnte nie durch einen Streit über die Hauptverbindlichkeit gefährdet werden. Der Gläubiger hatte die Sache gekauft; er kam daher gar nicht in die Lage, als Gläubiger wegen einer Forderung aufzutreten. Diese Rolle mußte umgekehrt der Schuldner übernehmen, wenn er auf Remancipatio drang. Dabei stellte sich die einzig wesentliche Frage heraus, ob der Gläubiger zu einer Remancipatio verpflichtet sey. War er unter gegebenen Umständen nicht dazu verpflichtet, so ward er freigesprochen; ward er hingegen zur Remancipation verurtheilt, so erschien er wegen seiner ursprünglichen Forderung, des gegebenen Kaufpreises befriedigt. Es war also rein unmöglich, daß ein Gläubiger, der vermittelst fiducia Sicherheit erlangt hatte, durch Litis Contestatio über die Hauptforderung sein sicherndes Recht verlor.

Der Verlust von Pfandrechten konnte nur da eintreten, wo die Hauptordnung selbstständig fortbestand, und das Pfandrecht neben ihr her lief. Bei der fiducia ging die Hauptforderung gleichsam in dem Kauf unter; sie war durch den übergebenen Gegenstand ausgeglichen, und nur der Schuldner befugt, durch die Entrichtung eines ihr gleichkommenden Betrags sammt Zinsen etwa die Rückübertragung des veräusserten Gegenstandes zu verlangen.

Folglich erscheinen durch Litis Contestatio einzig und allein zerstörbar:

a) das Pfandrecht der Hypothek; die Hypothek ist aber in Rom gewiß erst lange nach den Legis Actiones zu rechtlichem Ansehen gelangt;

b) das accessorische Recht aus dem Contractus pignoratitius. Daß dieser Contractus erst nach den Legis Actiones in Gebrauch und zur Rechtsgültigkeit kam; dafür spricht der Umstand, daß man die Klage aus ihm zu den Actiones bonâ fidei zählte. Vielleicht verdankt der Vertrag der Fictio einer Legis Actio seine Entstehung, indem man ihn nach Analogie der Pignoris Capio später einführte, und für den Gläubiger damit das Recht verband, die erhaltene Sache so lange zu behalten etwa auch zu benutzen, bis er befriedigt seyn würde;

c) das mit diesem Contractus verbundene dingliche Recht, welches indessen erst nach der Gültigkeit der Hypotheken, und in Folge einer Ausdehnung der Actio Serviana geschaffen wurde.

Alle diese Rechte gehören einer spätern Zeit an. Die alte Wirksamkeit der Litis Contestatio war nur noch als Fiction bekannt. Um so leichter kam man dazu, der Betrachtung: „meliorem causam nostram facimus actionem exercentes" einen Einfluß zu gewähren.

Wäre die Bedeutung der Litis Contestatio von Anfang bis zu Ende aus einer Fiction geflossen, das Rechtsinstitut mithin immer dasselbe geblieben; so würde der Unterschied zwischen Bürgschaft und Pfandrecht oder Privilegien unlösbar scheinen. Hat sich hingegen das Institut geändert, so begreifen wir, wie sich sein Einfluß auf die ältere Bürgschaft erhielt und zu den folgenden Jahrhunderten mit dem Institut selbst hinüber erbte, wie hingegen neuere Rechte milder beurtheilt wurden, und man die alte Wirkung nicht mit gleich alter Strenge auf sie ausdehnte.

Einen sprechenden Beweis für meine Ansicht liefern die Zinse.

Zinse sind in einem gewissen Sinn auch etwas Accessorisches und rühren aus einer Verbindlichkeit her, die sich ohne Beziehung auf eine andere Verbindlichkeit nicht wohl denken läßt. Von ihnen gibt Keller *) zu verstehen, daß man sie eben so wie Pfandrechte behandelt habe, d. h. daß sie zur Zeit des klassischen römischen Rechts durch Litis Contestatio nicht erloschen. Da Zinse von den ältesten Zeiten her in Rom gebräuchlich waren, so würde man, hätte Keller Recht, nicht wissen, weshalb die Bürgschaft durch Litis Contestatio erlosch, Zinse aber nicht aufhörten. Hätte Keller Recht, so müßte ich selbst meine Erklärung für ungenügend halten; denn Zinsverpflichtungen waren in Rom eben so frühe bekannt als Bürgschaften, und doch hatte die Litis Contestatio auf diese und nicht auf jene zerstörenden Einfluß. Allerdings gäbe es noch eine Ausflucht in der Behauptung, daß das neuere Recht gerade bei Zinsverpflichtungen von dem ältern abgewichen sey; aber die Behauptung ließe sich durch Nichts rechtfertigen, und trüge deshalb auch nicht dazu bei, die eigenen Zweifel zu widerlegen.

Glücklicher Weise sind wir im Stande, das Verhältniß der Zinse zur Litis Contestatio, das bei Keller blos angedeutet wird, vermittelst unserer Rechtsquellen in ein besseres Licht zu setzen.

Wenn wir hier der Zinse erwähnten, so liegt es in der Natur der Sache, daß wir damit keine Zinse meinten, welche etwa nach der Litis Contestatio aus einem besondern Grunde geleistet werden sollten. Indem wir nämlich die Bedeutung der Litis Contestatio für die Fortdauer oder das Erlöschen des Zinsenlaufes erörtern, so setzen wir nothwendig voraus, daß die Verbindlich-

---

*) l. c. S. 98 — 101.

keit zur Zinsentrichtung schon vor der Litis Contestatio bestanden habe. Von solchen Verbindlichkeiten, die der Litis Contestatio vorausgingen, fragen wir, ob sie durch Litis Contestatio erloschen, weil durch sie die Hauptverbindlichkeit aufgehoben wurde?

Zinsverbindlichkeiten können unter einem zwiefachen Gesichtspunkt betrachtet werden, als selbstständige Obligationen, die zwar von der Hauptverbindlichkeit abhängen, jedoch nicht in ihr begriffen sind; oder als solche Obligationen, die außer einer Hauptverbindlichkeit gar keinen Bestand haben.

Eine selbstständige Zinsverbindlichkeit mochte für sich allein, mit einer eigenthümlichen Klage, abgesehen von der Hauptobligation, vor den Richter gebracht werden *); es war für den Kläger blos die Gefahr vorhanden, daß man die gerichtliche Verhandlung auf die ganze Zinsobligation erstreckte, der Richter ihn aber doch nur zu den fälligen Zinsen berechtigte, und Zinse aus der Hauptschuld für die Zukunft verloren gingen. Indessen durfte der Kläger, welcher hier ein Incertum einklagte, nur einer Präscriptio sich bedienen; und der einfache Beisatz: „cujus rei dies fuit" befreite ihn von allem Nachtheil **). Umgekehrt mochte ein Gläubiger auch die Hauptschuld einklagen, ohne daß die selbstständige Zinsverbindlichkeit erlosch. Dieß ist jedoch nur in so fern wahr, als es sich von Zinsen handelt, die zur Zeit der Einklagung der Hauptschuld verfallen waren. Von der Zeit an, wo über die Hauptschuld Lis contestata war, liefen keine Zinse mehr.

L. 90. D. de Verb. obl. Cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, *si*

*) L. 8. D. de eo quod cert. loc. l. 12. D. de usur. l. 75. §. 9. D. de verb. obl.

**) L. 75. §. 9. D. de V. O. Caj. IV. §. 136.

sors soluta non sit, etiamsi sortis obligatio in judicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est, solutam pecuniam non esse.

Keller selbst hat eingesehen *), daß das fortdauernde Zunehmen der Strafe aus der eigenthümlichen Verabredung: „si sors soluta non sit" gefolgert werde; indem Pomponius ein Gewicht darauf legt, daß gemäß der Verabredung keine Tilgungsart außer Zahlung mithin auch nicht Litis Contestatio den Lauf der Strafe hemme. Würde demnach nicht gerade die Zahlung ausschließlich in die Verabredung aufgenommen worden seyn **), so hätte Pomponius natürlicher Weise anders entschieden; er hätte entschieden: „poena non crescit," und er mußte so entscheiden, weil die Ursache, worauf er den Ausspruch: „adhuc tamen poena crescit" stützt, weggefallen wäre. Aus der Art nun, wie Pomponius, ohne durch die gerade vorliegende Uebereinkunft gebunden zu seyn, nach allgemeinen Grundsätzen entschieden hätte, ersehen wir klar, daß die Zinsverbindlichkeit für die Zukunft mit dem Augenblick erlosch, wo die Hauptschuld in Judicium gebracht wurde.

L. 1. C. de jud. Judicio coepto usurarum stipulatio non est peremta: superest igitur ut debitorem *ejus temporis, quod non est in judicium deductum*, convenire possis.

Diese Entscheidung der Imperatoren belehrt uns, daß Litis Contestatio über die Hauptschuld einer selbstständigen Zinsverbindlichkeit an sich nicht schade, jedoch nur so fern sie in der Vergangenheit liegt, d. h. so fern sie die bis zur Litis Contestatio verfallenen Zinse umfaßt (ejus temporis, quod non est in judicium de-

*) L. c. S. 567 not. 10.

**) Vergl. z. B. l. 40, D. de reb. credit.

ductum). Nach der Litis Contestatio hingegen laufen keine Zinse mehr; sonst hätten wohl die Imperatoren den Gläubiger für die Usurarum Stipulatio, welche nicht in Judicium deducta war, nicht auf die Zeit beschränkt (superest igitur), die der Litis Contestatio über die Hauptschuld voraufging.

Wollte der Kläger diesen Nachtheil vermeiden, so mußte er die Hauptschuld sammt der Zinsverbindlichkeit an den Richter bringen.

War eine Zinsverbindlichkeit nicht selbstständig, war sie nur nebenher vorhanden und ganz in der Hauptschuld begriffen, so konnte sie, ob sie nun aus einem Versprechen oder sonst einer Veranlassung hervorging, nur mit derselben Klage gelten gemacht werden, womit man auch die Hauptschuld gelten machte. Darum mußte der Kläger, nicht nur wenn er blos verfallene Zinse einklagen, und sich ihre Fortdauer in der Zukunft sichern, sondern auch wenn er überhaupt Zinse ohne die Hauptschuld, oder die Hauptschuld ohne Zinse zum Gegenstand des Streits machen, und sich die Hauptschuld oder Zinse erhalten wollte, eine und dieselbe Klage mit einer Präscriptio anstellen *).

Hatte nun der Kläger die Hauptschuld mit einer Präscriptio eingeklagt, wodurch er sich die Klage für Zinse sicherte, so verstand es sich von selbst, daß unter diesen Zinsen blos Zinse aus der Vergangenheit begriffen waren. Von der Litis Contestatio an, wodurch die Hauptschuld erlosch, konnte der Kläger eben so wenig Zinse begehren, als wenn sein Zinsrecht selbstständig, und auch ohne Präscriptio gesichert gewesen wäre. Die Präscriptio erhielt ihm die angestellte Klage für Zinse, und setzte ihn in dieselbe Lage, in welcher er sich ver-

*) Keller, l. c. S. 536 ff.

möge einer Selbstständigkeit des Zinsrechts auch ohne Präscriptio befunden hätte.

Deducirte hingegen der Kläger Hauptschuld und Zinse in Judicium, so mußte der Judex hier mit einer formula incerta instruirt werden; wie er auch in dem Fall damit instruirt ward, wenn Haupt- und Zinsverbindlichkeit einer abgesonderten Selbstständigkeit genossen, weil eine jede Zinsverbindlichkeit auf ein Incertum ging. In dem Wesen einer formula incerta lag es aber, daß Künftiges mit darunter begriffen erschien; sie erstreckte sich, ganz verschieden von Stipulationen, auch auf Leistungen, die erst fällig werden sollten *). Durch eine solche formula erhielt mithin der Judex die Befugniß, auf alle Zinse, die bis zur Sentenz verfallen würden, zu erkennen. Die Zinsleistung konnte dabei mit der Litis Contestatio nicht aufhören, weil dieselbe unter der Voraussetzung einer formula incerta mit in die durch Litis Contestatio entstandene neue Obligatio für ihren Betrag bis zur Sentenz überging. Sollte noch eine weitere Sicherheit auf die Zeit nach der Sentenz bis zur Zahlung erhalten werden, so mußte man sich hinwiedemm mit einer Präscriptio helfen.

Hatte aber der Richter gesprochen und auf Zinse keine Rücksicht genommen, während die Hauptklage, in welcher sie begriffen waren, ohne Präscriptio angestellt wurde, so blieb es für immer unmöglich, auf eine Zinsenforderung zurückzukommen **).

Vergleichen wir mit der Wirkung der Litis Contestatio den Einfluß einer Novatio, so zeigt sich uns eine auffallende Aehnlichkeit. Wer eine Obligatio incerta novirt, und sich das Incertum, wie es sich zur Zeit der Novatio verhält, versprechen läßt, der kann für die

*) L. 76. §. 1. D. de Verb. oblig.

**) L. 4. C. depos. l. 13. C. de usur.

Zeit nach der Novatio, ohne eine besondere darauf gerichtete Stipulatio keine Zinse weiter verlangen.

L. 27. D. de novat. Emtor, cum delegante venditore pecuniam ita promittit, quidquid ex vendito dare facere oportet, novatione secuta usuras neutri post insecuti temporis debet.

Das oportet begreift bei Stipulationen nichts Künftiges in sich; darum hält eine Novatio, wie sie Papinian hier annimmt, nur den gegenwärtigen unbestimmten Betrag einer Verbindlichkeit fest. Würde hingegen die Novotio, welche etwa am ersten Mai vorgenommen wurde, also gelautet haben: „quidquid proximis Kalend. Octobr. ex vendito dare facere oportebit;" so leidet es keinen Zweifel, daß Zinse bis zum October in Rechnung kamen *). Einer solchen Novatio gleicht nun jede formula incerta, indem ihr: „oportet" auch ein: „oportebit" in sich enthält, mit dem einzigen Unterschied, daß bei der Novatio ein bestimmter Endpunkt (z. B. Kalend. Octobr.) ausgedrückt wird, während dieser Endpunkt mit der formula (die Zeit der Sentenz) von selbst gegeben ist.

Durch die bisherige Auseinandersetzung haben wir, um das Resultat kurz zu fassen, die Ueberzeugung erlangt, daß der Zinsenlauf mit der Litis Contestatio jedesmal aufhörte, und die accessorische Verbindlichkeit jedesmal erlosch, wo die Zinse nicht mit der Hauptschuld eingeklagt waren, daß sie, mit der Hauptschuld eingeklagt, nur deshalb fortdauerten, weil auch ihr künftiger Betrag gleichsam mit in die neue Obligatio, ähnlich einer auf die Zukunft gerichteten Novatio, überging.

Zinsverbindlichkeiten und Bürgschaften, diese alten Institute des Rechts, hatten zur Litis Contestatio dasselbe Verhältniß; Pfandrechte und Privilegien, Erzeug-

*) L. 47. D. de Verb. oblig.

nisse des spätern, wurden ganz verschieden beurtheilt. Daß nun gerade die offenbar ältern Institute zur Zeit der klassischen Juristen noch unter dem ursprünglichen Einfluß der Litis Contestatio litten, das zeugt mehr von einer Nothwendigkeit, als von einer zufälligen Veranlassung. Wüßten wir einzig, wie sich die Litis Contestatio auf die Bürgschaft bezog, so könnte man immer noch sagen, es habe hier ein besonderer Grund obgewaltet. Daß wir von Zinsen dasselbe wissen, und daß Zinse ebenfalls zu den Vermächtnissen des frühern Rechts gehören, das bürgt uns für einen innigern Zusammenhang der Ursachen, woraus der gleiche Einfluß der Litis Contestatio auf Bürgschaft und auf Zinse hervorging.

§. 3.

War der Rechtsstreit für den Kläger entschieden, so stoßen wir mit einemmal auf eine Actio judicati. Woher dieser Namen? Durch die Litis Contestatio entsteht eine neue Obligatio, und doch wird die Klage, welche man dem Kläger nach einer günstigen Entscheidung gewährt, von dem Urtheil genannt. „Mit allem Recht!" wird ein neuerer Schriftsteller darauf erwidern. Denn allenthalben, wo Litis Contestatio ein Rechtsverhältniß aufhebt und ein neues dagegen schafft, da hebt auch das Urtheil jenes durch Litis Contestatio erzeugte Rechtsverhältniß auf, und setzt an dessen Stelle abermals ein neues *). Die dem Kläger in Folge eines günstigen Urtheils zugestandene Klage kann daher nicht von der Litis Contestatio, deren Wirkung durch das Urtheil wieder zerstört wurde, sondern nur von diesem Urtheil die Benennung erhalten.

Indessen hat die Annahme einer doppelten Zerstörung und Schöpfung schon an sich etwas, das sich nicht

*) Keller, l. c. S. 86 ff. S. 122 ff. S. 197 — 210.

empfiehlt. Welches Bedürfniß mochte auch darauf führen? Schwerlich wird man dafür irgendwoher ein Bedürfniß des Lebens oder der Wissenschaft nachzuweisen im Stande seyn.

Geht man weiter und frägt, worin doch auch der Gehalt jener durch Litis Contestatio geschaffenen, und durch das Urtheil wiederum zerstörten Verbindlichkeit bestand, so erhält man die Antwort, daß sie „nicht mehr auf ein Dare facere oportere, sondern auf ein quantitativ gleiches Condemnari oportere gerichtet" gewesen sey *). Also die Litis Contestatio schafft eine Verpflichtung zur Verurtheilung. Diese Verpflichtung kann weder dem Judex obliegen, weil sonst der, welcher nach Ueberzeugung verurtheilen oder lossprechen soll, verurtheilen müßte, noch dem Beklagten, welchem die Möglichkeit einer Freisprechung nicht entzogen werden darf. Eine Verpflichtung in jenem oder diesem Sinn darf man nur andeuten, und sie wird verworfen werden. Die auf ein Condemnari oportere gerichtete Obligatio begreift folglich nicht weniger und nicht mehr in sich, als daß der Beklagte sich verurtheilen lasse, d. h. den Lauf des Processes nicht störe, und eine Verurtheilung nicht hindere. Diese Obligatio ist aber blos formell.

Da hätten wir denn vor der Litis Contestatio ein Dare facere oportere mit wesentlich materiellem Gehalt, nach der Litis Contestatio ein Condemnari oportere mit wesentlich formeller Bedeutung, und endlich nach dem Urtheil ein Judicatum facere oportere wieder mit materiellem Gehalt. Ist eine solche Verwicklung der Obligationen nicht höchst räthselhaft? Eine materielle Obligatio wird zerstört, und an ihrer Statt eine formelle erzeugt; diese formelle wird wieder vernichtet, und für

---

*) Keller, l. c. S. 87.

sie eine neue materielle geschaffen. Die überfeine Kunst der Zusammensetzung sagt uns um so weniger zu, als wir nicht einsehen und nicht erfahren, welcher Mangel dadurch ergänzt, welcher Zweck dadurch erreicht werden sollte.

Man wende nicht ein, das Condemnari oportere habe in so fern auch eine materielle Seite, in wie fern mit der Nothwendigkeit, sich verurtheilen zu lassen, auch die Nothwendigkeit, die Verurtheilung zu tragen und ihr zu gehorsamen, gegeben sey. Denn diese materielle Seite kommt erst nach dem Urtheil zum Vorschein, und soll nach der Voraussetzung erst aus dem Urtheil hervorgehen. Machte sie schon einen Bestandtheil des Condemnari oportere aus, so würde ja die Verpflichtung, dem Urtheil zu genügen, mittelbar bereits durch die Litis Contestatio, welche die Schöpferin des Condemnari oportere ist, erzeugt werden; wie könnte man sie nun als eine neue Schöpfung des Urtheils betrachten?

Hiezu gesellt sich noch eine andere Schwierigkeit. Wir haben im vorhergehenden Paragraphen gesehen, daß eine jede formula incerta sich ihrem Wesen nach auf die Zukunft, und die Befugniß des Judex über den ganzen Zeitraum bis zur Sentenz erstreckte. Verschieden hievon hielt eine formula certa den Augenblick der Litis Contestatio fest; durch sie ward der Judex, wenn man nicht gerade eine Sache forderte, die dem Kläger gehörte oder gehören sollte, und wobei ein Arbitrium de restituendo vorkam, so sehr beschränkt, daß er in frühern Zeiten weder einen Zuwachs der Sache, noch Früchte, noch Zinse nach der Litis Contestatio berücksichtigen und in die Condemnatio aufnehmen konnte.

L. 38. §. 7. D. de usur. Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar etiam si mora

facta sit; quod si acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex *aequitate* fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur, quod puto recte dici.

In frühern Zeiten machten mithin die fructus nach der Litis Contestatio keinen Gegenstand der Berücksichtigung für den Judex aus; erst später dehnte man aus Billigkeit seine Befugniß aus *).

Betrachtet man nun das Urtheil als die Quelle einer neuen Obligatio; so begreift man nicht, wie es irgend einmal geschah, daß man bei einigen Judicia die Zeit nach der Litis Contestatio gar nicht beachtete, während bei andern der Zwischenraum zwischen der Litis Contestatio und dem Urtheil auf die Condemnatio wesentlichen Einfluß hatte. Unverkennbar lag hievon der Grund in der Litis Contestatio selbst, und in der Art wie durch sie und die formula das Streitverhältniß festgestellt worden war. Dieß deutet aber auf einen Zusammenhang zwischen Litis Contestatio und Urtheil, der weit inniger ist, als wenn man durch das Urtheil eine neue, von der Litis Contestatio unabhängige Obligatio entstehen läßt.

Ich will versuchen, diesen Zusammenhang genauer zu beschreiben.

Das Urtheil zerstört keine Obligatio und schafft auch keine, sondern die Litis Contestatio ist der letzte Grund der durch das Urtheil näher bestimmten Verbindlichkeit. Vermöge der Litis Contestatio übernimmt der

---

*) Die Ausdehnung ward freilich bald herrschendes, zweifelloses Recht, so daß Papinian mit Zuversicht sagen konnte: „in his quoque judiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur." L. 3. §. 1. D. de usur.

Beklagte die Verpflichtung, das zu leisten, wozu er verurtheilt seyn würde. Ob er mithin überhaupt irgend eine Leistung machen sollte, das hing davon ab, ob er einer Condemnatio unterliegen würde. So lag die letzte Ursache der Verpflichtung in der Litis Contestatio, die nächste in dem Urtheil. Eben weil das Urtheil blos die nächste Ursache enthielt, so ward dadurch in der Regel auch nur die Pflicht zur Leistung an sich bestimmt; der Maßstab derselben war hingegen schon durch die Litis Contestatio gegeben. Sprach nun diese von einer ungewissen Leistung, die ihre Gewißheit ebenfalls erst durch den Judex erlangen sollte, so erschien es natürlich, daß dieser auch die Zeit nach der Litis Contestatio bis zum Urtheil in Rechnung nahm. Hatte aber die Leistung bei der Litis Contestatio bereits einen genau begrenzten Gehalt, der nicht einmal in Folge des Verfahrens selbst wieder ungewiß wurde; so konnte der Judex natürlich nicht weiter als über die Verpflichtung an sich entscheiden, und folglich auch über den durch die Litis Contestatio und die formula festgestellten Maßstab nicht hinausgehen. Eine Rücksicht der Billigkeit war es einzig, daß man dem Judex in spätern Zeiten gestattete, sich um Zuwachs und Früchte, um die Causa omnis nach der Litis Contestatio zu bekümmern.

Genau genommen stimmen auch diejenigen mit uns überein, welche das Urtheil eine neue Obligatio, unabhängig von der Litis Contestatio erzeugen lassen. Denn auch sie müßen, um die Befugnisse des Judex in Betreff des materiellen Gehalts der Condemnatio festzusetzen, darnach fragen, was in Judicium deducirt worden sey. Eine Frage, die aufs Klarste beweißt, daß die Condemnatio in gewissen Betracht schon durch die Litis Contestatio bestimmt war, sich darnach richtete, und daß mithin die durch Condemnatio geschaffene Ver=

bindlichkeit ihrem letzten Grunde nach schon durch Litis Contestatio entstand.

Doch man beruft sich zum Belege, daß ein Urtheil nicht weniger als Litis Contestatio eine Verbindlichkeit selbstständig hervorrufe, auf Cajus. Wir wollen daher seinen Ausspruch reiflich erwägen.

Cajus, III. §. 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione: set si condemnatus sit, *sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri.* Et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere.

Man überzeugt sich leicht, daß Alles auf die Bedeutung der durch den Druck herausgehobenen Worte ankomme. Sagen sie, daß die durch Litis Contestatio entstandene Verbindlichkeit vermöge eines Urtheils durchaus zerstört werde, so sagen sie auch, daß das Urtheil der Schöpfer einer neuen Verbindlichkeit sey. Allein es erscheint schon von vorn herein äusserst zweifelhaft, ob man jenen Worten einen solchen Sinn unterlegen dürfe. Denn Cajus führt diese Wirksamkeit des Urtheils nur beiläufig an, und doch würde sie, in jenem Sinn aufgefaßt, einen wahrhaften, wesentlichen Modus tollendă Obligationes darstellen. Ausserdem erklärt aber Cajus die Kraft der Litis Contestatio noch näher vermittelst einer Art von altem Sprichwort: „post litis contestationem debitorem condemnari oportere." Dieses Condemnari oportere müßte, wie wir bereits nachgezeigt haben, unter der Voraussetzung daß auch das Urtheil Verbindlichkeiten wahrhaft vernichte und erzeuge, rein

formellen Gehalts gewesen seyn. Paßt aber ein formeller Gehalt zu der Bezeichnung: „nam tunc quidem obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione?" Wir wollen nachsehen.

Obligatio „principalis" heißt hier nicht Hauptverbindlichkeit, im Gegensatz von Nebenverbindlichkeit.

Denn der Obligatio „principalis" wird die Litis Contestatio als Anfangspunkt einer neuen Verbindlichkeit entgegengestellt; und die durch Litis Contestatio, als Anfangspunkt entstandene neue Verbindlichkeit, wird wohl Niemand eine accessorische Verbindlichkeit nennen „Principalis" bezeichnet hier das, was zuerst vorhanden war, und, Obligatio „principalis" in unsere Sprache übergetragen, heißt nichts Anderes, als: „anfängliche, ursprüngliche Verbindlichkeit."

Diese ursprüngliche Verbindlichkeit wird aufgelöst, und statt ihrer der Beklagte aufs Neue durch Litis Contestatio verhaftet. Der Kläger soll materiell durch die Auflösung nicht leiden; daher geht der Gehalt der ursprünglichen Obligatio in eine neue über. Dieß ist der einfache Sinn des Gegensatzes, den Cajus geflissentlich heraushebt, nachdem er im Eingang die Vernichtung durch Litis Contestatio ohne alle Beschränkung (tollitur adhuc obligatio litis contestatione) ausgesprochen hatte.

Ging aber der Gehalt der frühern Obligatio in die neue über, so konnte diese neue Obligatio unmöglich rein formell seyn; es mußte in ihr schon eine Beziehung auf die Verbindlichkeit liegen, die der Ausspruch des Judex feststellen sollte, so daß die Condemnatio blos vollendete, was mit der Litis Contestatio schon begonnen hatte.

Allein die neue Obligatio, welche mit der Litis Contestatio zum Daseyn gelangte, kann nur in so fern einen materiellen Gehalt gehabt haben, als sie den Beklagten nöthigte, das zu leisten, was er nach dem

Urtheil leisten sollte. Sie war mithin keine unbedingte Obligatio, sondern wesentlich vom Ausspruch des Juder abhängig. Der Ausspruch des Juder durfte demnach nicht unmöglich gemacht werden; es durfte nichts geschehen, was ihn hemmte. In der neuen Verbindlichkeit erhielt folglich der Beklagte zugleich die Obliegenheit, den Gang des Prozesses nicht zu stören, weil das Vollendende der Obligatio, die Condemnatio, seiner Willkühr nicht Preis gegeben werden konnte.

Die Litis Contestatio brachte mithin, eigentlich zu reden, zwei Verbindlichkeiten hervor, wovon die nächste und unmittelbare den Prozeß und seinen Gang, die entferntere und mittelbare das Urtheil und die Condemnatio zum Ziele hatte. War das Urtheil gefällt, so hatte die unmittelbar aus der Litis Contestatio entstandene keinen Gegenstand mehr; der Prozeß war beendigt: es kam nun die zweite, mittelbare zum Vorschein und ward durch die Condemnatio zur unmittelbaren.

Auf diese Weise kann man sagen, daß im Augenblick einer Condemnatio der unmittelbare wie der mittelbare Zweck der Litis Contestatio erreicht, und folglich die Litis Contestatio selbst in ihrer nächsten und entfernten Wirksamkeit beseitigt worden sey. Dieß ist's, was uns Cajus mit den Worten gibt: „sublata litis contestatione." Er behauptet nicht, die Obligatio, welche aus der Litis Contestatio entstund, werde aufgehoben, sondern die Litis Contestatio selbst sey mit dem Urtheil beseitigt d. h. die durch sie beabsichtigte Wirkung eingetreten, ihr Zweck, sowohl der unmittelbare, welcher die Führung des Prozesses betraf, als der mittelbare, welcher auf eine Condemnatio ging, vollständig erreicht; und (reus) „incipit ex causa judicati teneri," d. h. der Beklagte werde jetzt unbedingt Kraft des Urtheils verhaftet.

Cajus fährt dann fort, und erläutert sich selbst durch einen Ausspruch der Alten: was er hier geäussert, das hätten die ältern Juristen, indem sie die durch Litis Contestatio erzeugte Verbindlichkeit in ihre einzelnen Theile auflöseten, also ausgedrückt: „post litem contestatam (debitorem) condemnari oportere" d. h. der Beklagte dürfe unter keinen Umständen eine Verurtheilung zu hindern suchen; „post condemnationem judicatum facere oportere" d. h. er müße nach der Condemnatio erfüllen, was er schon vermöge der Litis Contestatio zu erfüllen versprochen habe. Statt, wie Cajus thut, beide Obligationen (den Prozeß nicht zu stören und einer künftigen Condemnatio zu genügen) zusammen zu fassen, als Zweck der Litis Contestatio zu bezeichnen, und diesen Zweck als erreicht durch eine Condemnatio (indem nun der Beklagte zu einer wirklichen Leistung verbunden ist) darzustellen; statt dessen hatten die frühern Rechtsgelehrten beide Obligationen getrennt, die eine als unmittelbare Folge der Litis Contestatio, und die andere als unmittelbare Folge des Urtheils genannt. Was die Alten aussprachen, das sprach auch Cajus aus; und diese zwei verschiedenen Ausdrücke für dieselbe Sache erklären und ergänzen sich wechselseitig.

Ich will nunmehr mit meiner Ansicht über den Zusammenhang zwischen Litis Contestatio und Urtheil und mit der Meinung deren, welche aus dem Urtheil eine völlig neue Verbindlichkeit hervorgehen lassen, noch einige Stellen der Justinianeischen Compilation vergleichen.

L. 3. §. 11. D. de peculio. Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem

pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita *judicio contrahi:* proinde non *originem judicii* spectandam, sed ipsam *judicati velut obligationem.*

Marcellus, Papinian und Ulpian stimmen darin zusammen, daß der Vater mit der Actio de Peculio belangt werden könne, wenn der Sohn einmal wegen einer Forderung verurtheilt worden sey, würde auch das Peculium für jene Forderung an sich selbst nicht gehaftet haben; und zwar aus dem Grunde, weil der Vater aus einer Verurtheilung des Sohnes eben so wie aus einem Vertrage desselben auf das Peculium angesprochen werden dürfe.

Die Worte: „judicio contrahi" deuten an, es werde durch das Judicium (d. h. dadurch, daß die Sache Gegenstand einer gerichtlichen Verhandlung wurde) gewissermaßen vertragen; sie deuten mithin den Einfluß der Litis Contestatio auf ein bestrittenes Rechtsverhältniß an. Weil nun durch Litis Contestatio das frühere Rechtsverhältniß zerstört und ein neues geschaffen wird, so darf man auch auf jenes frühere Rechtsverhältniß, auf die Veranlassung des Rechtsstreits, auf die Quelle, aus welcher er floß, keine Rücksicht nehmen (non originem judicii spectandam), sondern einzig die neue Obligatio beachten. Diese neue Obligatio wird genannt: „obligatio judicati."

Nehmen wir aber an, daß die Litis Contestatio durch das Urtheil völlig aufgehoben wurde, und aus der Condemnatio eine neue Obligatio entstand, so konnte die Obligatio judicati nicht von der Litis Contestatio, sondern einzig von der Condemnatio abgeleitet werden. Es durfte demnach die Obligatio des Haussohns, welche in Folge des Urtheils zur Sprache kam, nicht mit der Eigenschaft der Litis Contestatio, sie mußte vielmehr

mit der Eigenschaft der Condemnatio begründet werden. Ulpian hätte also sagen sollen: „ita condemnatione contrahi.“ Dieß sagt er nun nicht; er bezeichnet die Litis Contestatio als Grund der Obligatio, und er bezeichnet sie scharf, indem er dem Judicium die Origo Judicii entgegensetzt.

Diese Sonderbarkeit erklärt sich nur, wenn man den Gedanken aufgibt, daß das Urtheil eine neue Obligatio schaffe. Die Verpflichtung, dem Urtheil Folge zu leisten, liegt bereits in der Litis Contestatio, indem sich der Beklagte durch sie verbindlich macht, in so fern und so weit zu leisten, als er verurtheilt werden würde. So steigt die Obligatio judicati bis zur Litis Contestatio als zu ihrer Quelle hinauf, und durch die Condemnatio wird sie gleichsam nur vollendet und bereinigt, nicht aber erst geboren.

L. 3. §. 8. D. de fidejuss. Et post litem contestatam fidejussor accipi potest: quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur. An ergo condemnato reo exceptione uti possit, quaeritur? nam ipso jure non liberatur. Et si quidem judicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis, rectissime dicetur, uti cum exceptione posse: si vero acceptus fuerit totius causae, cessabit exceptio.

Im Eingang spricht Ulpian den unbeschränkten Satz aus, daß man auch nach der Litis Contestatio gültige Bürgschaft leisten könne, einmal weil eine natürliche und bürgerliche Verbindlichkeit vorhanden sey, und dann, weil das herkömmliche Recht es gestattet. Doch, wenn der Beklagte, nachdem Bürgschaft geleistet worden, verurtheilt wird, steht dem Bürgen eine Ein=

rede zu? Denn daß er ipso jure befreit würde, daran ist freilich nicht zu denken.

Verweilen wir hier einen Augenblick, um zu untersuchen, woher es wohl komme, daß der nach der Litis Contestatio eingetretene Bürge durch die Condemnatio des Beklagten nicht ipso jure befreit werde. Wäre es wahr, daß die durch Litis Contestatio entstandene Verbindlichkeit Kraft des Urtheils zerstört werde, so sollte man meinen, die Condemnatio befreie den Bürgen vollständig. Denn die Obligatio, wofür er eintrat, ist ja durchaus vernichtet.

Hiezu kommt noch, daß die Bürgschaft auch durch Litis Contestatio zu Grunde ging, und daß sich demnach das Urtheil zu der aus der Litis Contestatio geflossenen Verbindlichkeit eben so verhalten haben müßte, wie die Litis Contestatio zu der Verbindlichkeit, die vor dem Streit bestand. Ulpian hingegen sagt mit dürren Worten: „ipso jure non liberatur."

Ich verhehle mir keines Wegs die in der That nahe liegende Einwendung: „Ulpian habe hier von einem Judicium gehandelt, das Imperio continebatur. Bei einem solchen Judicium sey weder ein dari fieri oportere durch Litis Contestatio noch ein Condemnari oportere durch Urtheil zerstört worden. Gerade deshalb nun, weil das Urtheil nicht zerstörend wirkte, mochte Ulpian zweifeln, ob die indirecte Wirkung des Urtheils dem Bürgen zu gut komme, und der Bürge vermöge einer Exceptio Rei judicatā die zerstörende Eigenschaft der Condemnatio gelten machen könne."

Allein es gibt wohl im ganzen Corpus Juris schwerlich noch eine andere Stelle, von welcher sich mit solcher Leichtigkeit und Entschiedenheit darthun läßt, daß sie nur auf Judicia legitima sich bezogen habe, wie von der vorliegenden.

Bei den Judicia, quâ Imperio continebantur, ward erstlich die ursprüngliche, in Judicium gebrachte Obligatio durch Litis Contestatio nicht vernichtet, und selbst die zerstörende Kraft des Urtheils soll indirect blos gegen jene ursprüngliche Obligatio gerichtet gewesen seyn *). Die alte Verbindlichkeit bestand mithin nach der Litis Contestatio civiliter fort, und man konnte sich höchstens durch eine Einrede gegen sie schützen; daß sie naturaliter fortbestand, versteht sich von selbst. Wozu bedurfte es nun der Bemerkung: man könne sich auch nach der Litis Contestatio verbürgen? Bei einer Obligatio, die durch Litis Contestatio nicht litt, lag ja das in der Natur der Sache. Wozu bedurfte es namentlich für diese Bemerkung eines Beweises mit der Autorität Julians und des herkömmlichen Rechts?

Wollte zweitens Papinian eine solche Bürgschaft blos wegen des Einflusses abhandeln, den eine condemnatorische Sentenz ausübt, so begreift man wieder nicht, weshalb er seine Untersuchung gerade auf eine, nach der Litis Contestatio geleistete Bürgschaft hinlenkte. Die Einrede, womit der Bürge die zerstörende Wirkung des Urtheils gelten machen sollte, war dieselbe, ob er sich vor, oder nach der Litis Contestatio verbürgte. Litis Contestatio und Urtheil wirkten auf das hier vorausgesetzte Judicium gleich indirect; und wenn sich der Bürge vor der Litis Contestatio verpflichtet gehabt hätte, so blieb die Frage, in wie fern er durch Litis Contestatio und durch eine condemnatorische Sentenz eine Exceptio erlange, stets die nämliche.

Drittens paßt Papinian's Entscheidung durchaus nicht auf den Fall eines Judicium Imperio continens. Es gab nämlich zwischen einem solchen Judicium und

*) Keller, l. c. S. 208 — 209.

einem Judicium legitimum, wobei in Personam mit einer formula Juris civilis geklagt ward, einen sehr wesentlichen Unterschied in Hinsicht der Verbindlichkeit eines Bürgen *). Bei einem Judicium legitimum der beschriebenen Art war der Inhalt der Sentenz höchst gleichgültig für den Bürgen, da schon die Litis Contestatio mit dem Schuldner das ganze Bürgschaftverhältniß vernichtete. Ein Judicium Imperio continens ward von der Bürgschäft überlebt, und ihr schadete das Urtheil nur dann, wenn es für den Schuldner günstig ausfiel. Dieß lehrt uns Pomponius:

L. ult. §. fin. D. de jurejur. Item si reus juravit fidejussor tutus sit: quia et res judicata *secundum* alterutrum eorum utrique proficeret.

Schon das Wort: „proficeret" zeigt an, daß Pomponius die Exceptio Rei judicatá im Auge hatte. Ueberdieß hätte er, wenn von einem Judicium die Rede gewesen wäre, das ohne Exceptio an sich selbst die Bürgschaft zerstörte, keine passende Analogie für das Jusjurandum gehabt; abgesehen davon, daß ein Judicium der letzten Art die Bürgschaft schon durch Litis Contestatio zerstörte, und man also nicht begriffe, weshalb auf die Res judicata gerade ein Gewicht gelegt wird.

Demnach setzte Pomponius ein Judicium Imperio continens voraus, und belehrt uns, daß blos eine günstige Entscheidung für den Schuldner auch dem Bürgen Nutzen gebracht habe. Wir können folglich schließen, daß bei einer ungünstigen Sentenz gegen den Schuldner die zerstörende Kraft eines Urtheils für den Bürgen ohne allen Vortheil blieb. Dieß liegt auch in dem

*) Bei Keller, l. c. freilich findet man keine Spur dieses Unterschieds; er scheint vielmehr auch bei Judicia Imperio continentia die Bürgschaft durch Litis Contestatio untergehen zu lassen.

sonst vorkommenden allgemeinen Ausspruch: „die Exceptio Rei judicatâ, welche dem Schuldner zustehe, komme auch dem Bürgen zu Statten *).“

Diesem Grundsatze gemäß mußte Papinian in L. 3. §. 8. D. de pecul. auf die Frage, ob der Bürge in Folge des Urtheils einer Exceptio Rei judicatâ sich bedienen könne, entweder mit einem einfachen Nein antworten, oder, wenn er eine feinere Seite herauskehren wollte, mußte er zugestehen, es komme dem Bürgen jene Einrede allerdings zu, sie werde aber durch eine aus dem positiven Inhalt des Urtheils hergenommene Replik (si non secundum me judicatum sit) entkräftet.

In der Wirklichkeit hingegen hat Papinian ganz anders nämlich also entschieden: „wenn der Bürge nur für die Litis Exercitatio eingetreten sey, so stehe ihm eine Exceptio zu Gebot, habe er sich aber für Alles, und mithin auch für die Actio judicati verbürgt, so könne er keine Exceptio gelten machen.“ Man wird mir entgegenhalten: „Papinian habe eine Exceptio als Regel verworfen, und sie nur ausnahmsweise gebilligt, wenn der Bürge *tantum* litis exercitationis causa hinzutrat, er habe mithin eben so entschieden, wie ich behauptete, daß er für den Fall eines Judicium

---

*) L. 7. §. 1. D. de except. Die Entstehung dieses Unterschieds erkläre ich mir folgendermaßen. Als es nach Aufhebung der Legis Actiones noch keine Exceptio Rei judicatä gab, so konnte ein Urtheil für den Schuldner den Bürgen bei gewissen Arten von Judicia eben so wenig helfen als dem Schuldner selbst. Nachdem man Exceptiones Rei judicatä gewährte, so war es natürlich, daß man die Ausdehnung auf den Bürgen durch eine Analogie dessen, was für Judicia legitima Rechtens war, nicht allzusehr begünstigte. Vielleicht kannte man schon die Billigkeit, welche für andere accessorischen Rechte das: „meliorem causam facimus etc.“ gelten macht.

Imperio continens entscheiden sollte." Diese Bemerkung wäre wohl richtig; es bliebe indessen immer die Sonderbarkeit übrig, daß in die Antwort Momente aufgenommen wurden, welche nicht schon in der Frage lagen. Wer z. B. frägt, ob eine Exceptio statt finde, und zur Antwort erhält: „Ja, wenn man die Bürgschaft ausdrücklich auf die Litis Exercitatio stellte; nein, wenn dieß nicht geschah," der frägt doch nicht, ob die Exceptio Rei judicatâ Platz greife. Er frägt vielmehr, sollen wir anders die Antwort treffend nennen, ob der Bürge für noch was mehr hafte als die Litis Exercitatio, oder ob ihm eine Einrede gewährt werde, wenn man ihn um mehr ansprechen wollte. Die Res judicata kommt freilich auch dabei in Betracht; aber nur mittelbar, weil durch sie die Litis Exercitatio sich endigt, nicht unmittelbar, nicht so geflissentlich, wie in dem Fall, wo unter der Einrede die Exceptio Rei judicatâ verstanden wurde.

Viertens überzeugen wir uns, daß der Ausspruch Papinians, sobald man die Stelle auf ein Judicium Imperio continens bezieht, durchaus unrichtig ist. Denn nach diesem Ausspruch hätte der Bürge eine Einrede, wenn er sich blos für die Litis Exercitatio verbürgte. Doch für die Exercitatio Litis hätte sich der Bürge gültig verbürgt, und der im Eingang angeführte Grunde: „quia et civilis et naturalis subest obligatio" müßte auch hierauf angewendet werden. Wie ließe sich nun das vertheidigen? Bei Judiciis Imperio continentibus entstand durch Litis Contestatio keine Verbindlichkeit, ob man gleich auch ihrethalb nach einer Condemnatio eine Actio judicati mit derselben Wirkung wie bei Judiciis legitimis gewährt hat. Begründete nun die Litis Contestatio keine Verbindlichkeit, so gab es auch keine Verbindlichkeit zu einer Litis Exercitatio, kein Condem-

nari oportere, wofür ein Dritter Bürgschaft leisten mochte. Ein Dritter konnte sich wohl für die Litis Exercitatio verbindlich machen, jedoch nur als Hauptperson, nicht in einer accessorischen Eigenschaft, da ausser ihm Niemand hauptsächlich verpflichtet war. Ginge man übrigens mit Keller *) so weit, um ein prätorisches Condemnari oportere, ein Analogon des civilen Condemnari oportere anzunehmen, so bliebe es immer unbegreiflich, daß Papinian sagte: „quia et *civilis* et naturalis subest obligatio." Will man aber auch für Judicia Imperio continentia ein civiles Condemnari oportere durch Litis Contestatio entstehen lassen, dann verschwindet freilich alle Schwierigkeit, dann hat man indessen auch keinen Gewinn davon, daß man die Stelle auf solche Judicia bezog.

Halten wir daher einmal den Gedanken fest, daß Papinian seine Aufmerksamkeit auf Judici legitima, so fern sie den *alten* Legis Actiones gleich wirkten, gerichtet gehabt habe; so sehen wir sogleich, daß die Stelle erst jetzt ihre rechte Bedeutung erlange. Wir sehen, weshalb Papinian von einer Bürgschaft nach der Litis Contestatio redet, weil jede vorhergehende Bürgschaft durch Litis Contestatio zu Grunde gegangen wäre. Es wird uns aber auch deutlich, von welchem hohen Interesse es war, eine nach der Litis Contestatio übernommene Bürgschaft näher zu erörtern, gerade um der eigenthümlichen Obligatio willen, die aus der Litis Contestatio hervorging. Papinian stellt den Satz voran: man könne sich auch nach der Litis Contestatio verbürgen, indem die Litis Contestatio eine Verbindlichkeit

*) L. c. S. 126. Mir wird es freilich nicht klar, wie Keller dessen ungeachtet aus dem Urtheil eine Einrede gegen die alte Obligatio und nicht gegen dieses analoge Condemnari oportere herleitet.

erzeuge, die sowohl civiliter als naturaliter Bestand habe. Ob aber diese Bürgschaft auch nach der Condemnatio noch wirke? „Ipso jure," meint Papinian, wirke sie gewiß! denn die Condemnatio bereinigt blos die durch Litis Contestatio geschaffene Verbindlichkeit, zerstört aber und schafft auch keine; mithin dauert die Obligatio, zu welcher der Bürge hinzutrat, auch nach dem Urtheil fort. Eine andere Frage ist es allerdings, ob der Bürge keine Exceptio habe? Da nämlich die aus der Litis Contestatio entstandene Obligatio einen doppelten Gehalt hat, einen formellen und einen materiellen, so könnte man glauben, der Bürge sey blos für die formelle, als die nächste und unmittelbare eingetreten, und dem Kläger, der den Bürgen nach der Condemnatio, der ihn also um die meterielle anspreche, stehe eine Exceptio *) im Weg, weil er die Bürgschaft über die Litis Exercitatio hinaus ausdehne. Papinian jedoch entscheidet, es finde die Einrede blos dann eine Rechtfertigung, wenn sich der Bürge namentlich und ausschließlich für die formelle Seite der Obligatio, für die Litis Exercitatio verbindlich gemacht habe. So hat die Stelle innern Zusammenhang, und wahrhaft civilistischen Werth.

So beweißt sie aber auch, daß in der Obligatio, welche aus der Litis Contestatio fließt, ein doppelter Gehalt liege, ein formeller, der die Litis Exercitatio, ein materieller, der die Obligatio judicati schon in sich begreift; sie beweißt, daß das Urtheil nicht eben so, wie die Litis Contestatio, vernichtet und schafft, sondern die mit dem Urtheil bereinigte Obligatio ihre Wur-

---

*) Offenbar eine Art Exceptio Doli, weil der Kläger seine Klage unbilliger Weise zu weit erstreckt. L. 2. §. 3. L. 5. §. 1. L. 12. D. de dol. et met. except.

zel bereits in der Litis Contestatio hat; sie beweißt, daß blos die nächste, unmittelbare Verbindlichkeit, welche auf die Litis Exercitatio gerichtet ist, und welche von den Veteres kurz und treffend mit: „debitorem condemnari oportere" bezeichnet wurde, durch die Condemnatio aufhört, daß aber die mittelbare, die materielle durch eine Verurtheilung erst ihre volle Kraft erhält und zur unmittelbaren wird.

Wir haben nun für die durch Litis Contestatio geschaffene Verbindlichkeit einen bestimmten, materiellen Gehalt gewonnen, den, daß der Beklagte dadurch verpflichtet werden sollte, in Gemäßheit eines künftigen Urtheils zu leisten.

Dieser Zusammenhang zwischen Litis Contestatio und Urtheil hat etwas Wunderbares, sobald man die Litis Contestatio nur vermöge einer Fiction wirken läßt. Denn die Obligatio ist so eigenthümlich gestaltet, so fein gewebt, daß man billig über ein Recht staunt, welches solche künstlich gebildete Fictionen in sich aufnahm. Ueberdieß soll die Fiction alt, sehr alt seyn, und in die früheste, römische Geschichte hinaufreichen.]

Der Ausdruck: „judicatum facere oportere" wird technisch für die Obligatio gebraucht, welche durch das Urtheil nicht erst geschaffen, sondern vervollständigt wird. Er steht dem Ausdruck: „dare facere oportere," womit man die Verbindlichkeit vor der Litis Contestatio beschreibt, entgegen. In diesem Gegensatz gibt ihn Cajus, und er hat bei ihm einen sprichwörtlichen, alterthümlichen (aput veteres scriptum est) Schein. Wir dürfen daher mit Recht schließen, daß die Litis Contestatio ihre beschriebenen Wirkungen bereits äußerte, sobald wir jenen Ausdruck als Bezeichnung der einem Beklagten nach der Condemnatio obliegenden Verbindlichkeit treffen.

Nun wissen wir, daß sich schon die zwölf Tafeln desselben bedienen, um die Verbindlichkeit des Beklagten nach der Condemnatio zu beschreiben *). Also ward schon zu den Zeiten der zwölf Tafeln die Obligatio nach dem Urtheil von der vorhergehenden unterschieden.

Demnach müßte man denn annehmen, daß schon zu den Zeiten der zwölf Tafeln die Fictio eines Vertrags, welche man mit der Litis Contestatio verband, vorhanden und zwar nach seiner schaffenden wie nach seiner zerstörenden Eigenschaft vorhanden gewesen sey. Man fühlt indessen leicht das Unpassende und Unnatürliche einer solchen Annahme. Sollte man auch nicht Bedenken tragen, die ältern Perioden der römischen Jurisprudenz aus dem Kreis, in welchem sie sich sonst bewegt, dem der sinnlichen Anschaulichkeit heraus zu reißen und in das Gebiet der Fictionen zu versetzen?

Wir wollen für die Wirkungen der Litis Contestatio in ihrem Zusammenhang mit dem Urtheil einen festern Boden gewinnen. Sie ruheten ursprünglich auf wahrhaften Verträgen, und pflanzten sich fort, selbst nachdem diese aufgehört hatten, ohne daß sie sich deshalb von ihrem Ursprung völlig entfernten. Eine sinnige Wissenschaftlichkeit hielt sie stets daran geknüpft.

§. 4.
Actiones in rem.

Wir haben oben nachgezeigt, daß durch den Vertrag, worin die Litis Contestatio bei Actiones in Rem bestand, das dingliche Recht des Klägers auf den Beklagten übertragen werden, und dieser hiefür eine bestimmte Summe versprechen, und je nach dem Ausgang des Streits leisten oder nicht leisten sollte. We-

---

*) Aul. Gell. noct. att. 20. 1. . . . . . ni judicatum facit.

sentliche Bestandtheile dieses Vertrags bilden demnach 1) die Uebertragung eines dinglichen Rechts und 2) die Nothwendigkeit einer Geldleistung. Wird es mir gelingen diese beiden Bestandtheile in dem Verfahren über dingliche Rechte aufzuzeigen, so habe ich genau genommen auch dargethan, daß die Litis Contestatio bei Actiones in Rem durch einen Vertrag zu Stande kam.

Ich gehe sogleich an den Beweis des zweiten Bestandtheils.

Sondern wir die verschiedenen Epochen des gerichtlichen Verfahrens bei dinglichen Rechtsstreitigkeiten, so stellt sich uns in der Zeit unserer klassischen Juristen die formula petitoria als das regelmäßige Rechtsmittel dar, wodurch man sein Eigenthum verfolgte. *). Dieses Rechtsmittel bestand aber hauptsächlich darin, daß der Beklagte, wenn er die Sache nicht herausgab, zu Geld verurtheilt wurde **).

Woher kam nun die Eigenthümlichkeit, daß man den Beklagten zu Geld d. h. zum Werthe der Sache verurtheilte? Es erscheint dieß um so auffallender, als der Condemnatio ein Befehl zur Herausgabe vorausging und dieser Befehl sogar durch Zwang gehandhabt wurde ***). Warum verurtheilte man den Beklagten nicht sogleich zur Herausgabe der Sache? Warum konnte er nur und mußte er zu Geld verurtheilt werden?

Wir stehen hier vor einer Ansicht, die sich nicht aus sich selbst, sondern blos aus ihrem geschichtlichen

*) Caj. IV. §. 41. §. 91. und 92. L. 1. D. de rei vind.

**) Cicer. in Verr. II. c. 12. Caj., l. c. §. 48. zu vergl. Ribbentrop, ad l. 16. §. 5. D. de pign. et l. 9. §. 1. D. de except. S. 2 — 8.

***) L. 68. D. de rei vind.

Zusammenhange erklärt. Es war zu allen Zeiten gebräuchlich, die Condemnatio bei dinglichen Klagen auf Geld zu richten. Hievon erlaubte man sich, als man mit der formula petitoria zu klagen begann, keine Abweichung; weil man aber fühlte, wie unpassend es sey, den Beklagten, der nach dem Beginne des Streits die Sache herausgab und also dem Kläger gewährte was er verlangte, nicht zu befreien, so schaltete man gleichsam ein Zwischenurtheil ein, indem man die Herausgabe als Bedingung der Condemnatio in die Formel aufnahm *), und dadurch den Judex zu einem Befehl der Herausgabe berechtigte. Ohne Zweifel wird man mir eine Stelle von Cajus entgegenhalten, in welcher gerade umgekehrt enthalten zu seyn scheint, daß in früherer Zeit die Condemnationen auf die Sache selbst gerichtet waren, ich meine:

Caj., IV. §. 48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem formula concepta est. Itaque et si corpus aliquod petatur..... **) judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat.

Ich wüßte in der That die Einwendung nicht zu beseitigen, wenn der Text bei Cajus wirklich so lautete, wie er hier nach der zweiten von Göschen besorgten Ausgabe gegeben wurde. Allein daran ist gar nicht zu denken. Ein einziger Blick in die Noten von Göschen überzeugt uns, daß das Wörtchen: „sed" willkührlich eingeschaltet worden ist. Kein Zeichen und keine Lücke

*) Cicer., l. c. nequeis fundus restitueretur.

**) Heffter hat in seiner Ausgabe des vierten Buchs die hier vorhandene Lücke theilweise mit vieler Wahrscheinlichkeit zu ergänzen gesucht.

des Codex berechtigt zu der Einschaltung. So fehlte auch jenes Wörtchen in der ersten Ausgabe, und ward in die zweite vermuthlich nur deshalb aufgenommen, weil der Herausgeber voraussetzte, Cajus habe bezeugen wollen, daß die Condemnatio früher nicht auf Geld ging, und weil er dieses Zeugniß ohne ein: „sed" nicht klar genug ausgedrückt fand. Wirklich folgert Ribbentrop *) aus der Stelle, ohne ein: „sed" einzuschieben, daß die Condemnatio in ältern Zeiten die Sache selbst umfaßte. Indessen fühlt wohl jeder Kenner der lateinischen Sprache, wie sehr die Worte: „aestimata re pecuniam ~~eum~~ condemnat" schleppend seyen, wenn man sie von den vorhergehenden: „sicut olim fieri solebat" (welche in diesem Fall einen Gegensatz zu dem Ausdruck: „judex non ipsam rem condemnat" ausmachen) losreißt, und wie sehr man der Sprache Gewalt anthun müße, um anzunehmen, daß jene Worte einen selbstständigen Satz, mit selbstständigem Sinn bilden. Ausserdem würde dieser selbstständige Satz eine höchst überflüssige Wiederholung darbieten. Die verneinende Aeusserung: „judex non ipsam rem condemnat" reicht hin, um den bejahenden Ausspruch im Eingange zu erklären, so daß die Stelle als vollständig erschiene, wenn man mit: „fiebat" schlöße, ja daß sie bei diesem Schluß mehr Rundung erhielte, als wenn man abgerissen und wiederholend hinzufügt: „aestimata re pecuniam eum condemnat."

Aus diesen Gründen streiche ich das von Göschen hinzugefügte: „sed" und ändere die ebenfalls von Göschen angewandte Interpunction, indem ich vor: „sicut" zwei Punkte setze. Ich lese also:

Itaque et si corpus aliquod petatur, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est:

*) L. c. S. 6. und S. 10. not. 13.

sicut olim fieri solebat, aestimata re, pecuniam eum condemnat.

Durch die unmittelbare Beziehung der Worte: „sicut olim fieri solebat" auf die Worte: „aestimata re pecuniam eum condemnat" gewinnt der innere Bau der Stelle, ihr Sinn wird klarer, und die Bedeutung des Schlußsatzes wichtiger. Nachdem Cajus im Eingange ausgesprochen hat, es sey jede Condemnatio auf Geld zu richten, fügt er erläuternd hinzu, daß der Judex mithin, wäre eine körperliche Sache der Gegenstand des Anspruchs, nicht zu der Sache selbst, sondern nur, wie dieß schon ehemals geschah, zu Geld verurtheilen dürfe. Der letzte Satz enthält demnach eine geschichtliche Bemerkung, gleichsam den Grund, aus welchem noch zu Cajus Zeiten jede Condemnatio in Geld bestand. Zu allen Zeiten sey es so gehalten worden, daß nicht eine Sache, sondern Geld in die Condemnatio aufgenommen wurde.

So stünde Cajus meiner obigen Behauptung nicht im Wege; sie würde vielmehr in ihm eine vollkommene Rechtfertigung finden.

Wir haben indessen auch noch andere Beweise, die zugleich meine Art, die Stelle des Cajus zu lesen, desto mehr bestätigen, je mehr sie uns vergewissern, daß die Römer auch ehemals nur eine Condemnatio auf Geld kannten.

Eine unmittelbare Folge des Aufhörens des Legis Actiones und älter als das Verfahren durch formula petitoria *) war das Verfahren mit Sponsio. Cajus schildert uns dasselbe folgender Gestalt:

Caj., IV. §. 93. Per sponsionem vero hoc modo agimus. Provocamus adversarium tali sponsione:

*) Ribbentrop, l. c. S. 41.

si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV. nummos dare spondes? deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dari oportere. Qua formula ita demum vincimus, si probaverimus, rem nostram esse. Nec tamen haec summa sponsionis exigitur. Non enim poenalis est, sed praejudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur. Unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur *).

Das Wesentliche des Verfahrens vermittelst Sponsio bestand demnach darin, daß der Kläger, sobald der Beklagte zur Sponsionssumme verurtheilt war, den Betrag der Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum von dem Beklagten oder dessen Sponsoren verlangen konnte. Ribbentrop läßt es zweifelhaft, ob sich der Beklagte durch Herausgabe der Sache von einer Verurtheilung in die Sponsionssumme befreien, oder ob der Kläger jene Herausgabe fordern konnte **). Ich meines Theils glaube hierüber nicht zweifelhaft seyn zu dürfen; und der Grund meiner Ueberzeugung ist folgender.

In der formula petitoria, wie wir sie aus Cicero kennen, ward der Herausgabe der Sache als einer Be-

*) Ich habe die ganze Stelle als den Inhalt eines Paragraphen gegeben, weil es mir nicht passend schien, mit den Worten: „nec tamen haec summa sponsionis etc." einen neuen Paragraphen zu beginnen, die Beschreibung des Verfahrens durch Sponsio in zwei Theile zu spalten, und mitten im zweiten Paragraphen mit den Worten: „ideo autem appellata etc." die Erörterung der Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum anzufangen. Natürlicher scheint es, wenn man, nachdem im §. 92. die formula petitoria abgehandelt ist, den §. 93. dem Verfahren durch Sposio anweißt, und in §. 94. die Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum folgen läßt.

**) Ribbentrop, l. c. p. 11. sequ.

dingung der Condemnatio namentlich erwähnt. Daher lag es in der Natur des Processes, daß dem Beklagten die Herausgabe von dem Judex anbefohlen werden, und er sich durch dieselbe befreien konnte. Beim Verfahren mit Sponsio kam die Herausgabe der Sache gar nicht in die formula, in welcher sich einzig ein auf die Sponsionssumme gerichtetes Dari oportere fand. Wie sollte es nun möglich seyn, daß der Judex seine formula überschritt, und die Herausgabe befahl, oder daß er ihretwegen zu condemniren unterließ? Allerdings war der Beweis des Eigenthums die Bedingung zur Condemnatio in die Sponsionssumme, doch nicht die Herausgabe. Bei der formula petitoria mußte auch das Eigenthum erwiesen werden, aber über dieß noch war die Condemnatio von einer Restitutio abhängig gemacht.

Hiemit ist freilich nur nachgewiesen, daß die Herausgabe der Sache bei Verfahren über die Sponsionssumme nicht zur Sprache kam. Allein die Sponsionssumme ward nach der Condemnatio nicht gefordert. Hier möchte es nun scheinen, als ob sich der Beklagte durch eine Restitutio vor der Actio ex Stipulatu pro Präde Litis et Vindiciarum sichern, oder als ob der Judex, welcher über diese Actio zu entscheiden hatte, einen Befehl zur Restitutio geben oder überhaupt, wenn eine Restitutio erfolgte, den Beklagten absolviren konnte. Indessen wird dieser Schein vor einer näheren Untersuchung verschwinden.

Cajus handelt das Verfahren mit Sponsio bei Gelegenheit der Satisdationen ab *). Er führt uns nämlich zweierlei Sicherheitsleistungen an, eine für die formula petitoria, und eine für das Verfahren mit Sponsio. Für die formula petitoria nennt er uns eine Satisdatio judicatum solvi, deren Zweck war, ut, si victus sis

*) IV. §. 89. sequ.

nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis; für die Sponsio bezeichnet er die Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum, d. h. die Stipulatio wegen der Sache und Früchte.

Aus der Stipulatio judicatum solvi wird geklagt, wenn der Beklagte weder die Sache herausgab noch eine Litis Aestimatio entrichtete. Sobald mithin diese Stipulatio vor den Richter gebracht ist, kann sich der Beklagte durch eine Restitutio der Sache nicht mehr befreien. Jener Stipulatio parallel lauft die Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum, welche an keine andere Bedingung als an die Condemnatio zur Sponsionssumme geknüpft ist. Es kann folglich auch bei ihr von keiner Herausgabe die Rede seyn. Im entgegengesetzten Falle begriffe man gar nicht, weshalb nicht das Urtheil über die Sponsionssumme als ein Urtheil zur Herausgabe betrachtet, und aus der Stipulatio erst geklagt wurde, nachdem diese Herausgabe nicht erfolgte, mit andern Worten, weshalb man nicht auch diese Stipulatio wie die Satisdatio judicatum solvi von der Restitutio abhängig machte. Die Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum aber gar nicht von einer Restitutio abhängig machen, und denn doch, machdem man aus ihr klagte, ein Zwischenverfahren wegen Restitutio eintreten lassen; eine solche Anordnung würde eine unnatürliche Weitläufigkeit enthalten haben, die zu dem römischen Sinn gar nicht paßte.

Wenn Ribbentrop auch hier zweifelt, so scheint er das Urtheil über die Sponsionssumme mit dem Gehalte der Actio pro Präde Litis et Vindiciarum verwechselt zu haben.

Wir wissen, daß das Urtheil über die Sponsionssumme keinen Befehl zur Herausgabe enthielt und nach

der formula keinen solchen Befehl enthalten konnte. Es ist demnach gar kein Grund vorhanden, und wir sind durch kein Zeugniß, auch nicht durch die leiseste Andeutung aufgefordert anzunehmen, daß sich in der Actio ex Stipulatu pro Präde Litis et Vindiciarum ein ähnliches Zwischenverfahren wie in der formula petitoria fand; abgesehen davon, daß man ohne allen Grund diese Actio ex Stipulatu zu einer Actio bonae fidei machen müßte.

Der Endzweck bei dem Verfahren mit Sponsio lief wieder auf einen Geldvortheil hinaus, und er würde darauf hinaus gelaufen seyn, hätte man selbst ein Zwischenverfahren wegen Restitutio der Sache eingeschaltet.

Die Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum trat an die Stelle der Prädes, welche ehemals, wo man nach Legis Actiones verfuhr, pro Re et fructibus gegeben wurden. Wie nun diese Stipulatio den eigentlichen Hebel des Verfahrens mit Sponsio ausmachte, so dürfen wir auch mit Recht dieses Verfahren ein Surrogat der alten Legis Actio nennen. Das Verfahren mit Sponsio war dem Verfahren mit Legis Actio völlig nachgebildet. Dorten die Prädes, hier die Stipulatio; dorten ein präjudicielles Erkenntniß über das Sacramentum *), hier ein solches über die Sponsio; das Sacramentum selbst das lebendigste Vorbild der Sponsio. Daher ist die Annahme im hohen Grade wahrscheinlich, daß das Verfahren mit Sponsio unmittelbar auf die Legis Actiones eintrat, und die Legis Actio Sacramenti ersetzte **).

*) Keller, l. c. S. 189 — 190. Ich füge noch eine weitere Stelle zum Beleg hinzu, nämlich Cicer. pro domo, c. 29. Quim etiam, si decemviri *sacramentum* in libertatem *injustum judicassent*, tamen, quotiescunque vellet quis, in hoc genere solo rem judicatam referre posse voluerunt.

**) Ein äusseres Zeugniß, für das hohe Alter des Verfahrens mit Sponsio mindestens, gibt uns Cicero, in Verr. II. l.

Aus diesem Grunde sind wir natürlich auch zu dem Schlusse berechtigt, es werde der Zweck des Verfahrens mit Sponsio und mit Legis Actio derselbe gewesen seyn. Wissen wir aber, daß beim Verfahren mit Sponsio das Resultat auf eine Condemnatio zu Geld führte, so wissen wir eben damit, wohin die Legis Actio Sacramenti den Kläger brachte. Das Institut der Prädes überzeugt uns vollends von dieser Wahrheit. Wozu ward der Beklagte, wenn mit der Legis Actio Sacramenti in Rem geklagt worden ist, zunächst verurtheilt? Offenbar zur Sacramentssumme, die allein den Gegenstand der Entscheidung für den Judex bildete. An eine Verurtheilung zur Herausgabe war nicht zu denken. Damit nun der Kläger seine Absicht erreiche, so wurde ihm zum Voraus ein bestimmtes Versprechen wegen der Sache und der Früchte gegeben, und durch Prädes gesichert. Sobald mithin der Judex über das Sacramentum geurtheilt hatte, alsbald hielt sich der Kläger an jenes Versprechen und zur Sicherheit an die Prädes; ganz eben so, wie er später beim Verfahren durch Sponsio, nachdem über die Sponsionssumme erkannt war, zur Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum griff.

Folglich endigte sich auch das Verfahren durch Legis Actio mit einer Verurtheilung zu Geld. Konnte

---

c. 45. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis Vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et *majores nostri* et nos semper usi sumus. Auf die Sponsio scheint sich nach der ganzen Fassung folgende Stelle zu beziehen: Plaut. Rud. III. 4. V. 7. ergo dato De senatu cyrenensi quemvis opulentum arbitrum, *si* tuas esse oportet, *nive* eas esse oportet liberas, *Neu* te in carcerem etc.

demnach Cajus etwas anderes sagen, als: „sicut olim fieri solebat, aestimata re, pecuniam eum condemnat?"

Ich habe nunmehr erwiesen, daß der dingliche Beklagte von den ältesten Zeiten her einzig zu einer Geldleistung verurtheilt worden sey.

§. 5.

Mit diesem Beweis ist eigentlich auch schon dargethan, daß die Sache dem Beklagten überlassen wurde. Denn, da der Beklagte nur zu Geld verurtheilt wurde, so hätte er, ohne das Eigenthum der Sache bei der ersten Verurtheilung zu erhalten, zwei- und dreimal wegen desselben Gegenstandes verurtheilt werden müßen. Wäre doch der Kläger, der Geldverurtheilung ungeachtet, Eigenthümer geblieben, und hätte folglich sein Eigenthum stets wieder gelten machen können. Ich zweifle zwar keineswegs, daß sich die Römer in späterer Zeit durch eine Exceptio Doli geholfen haben würden. Allein der ältern Strenge waren solche Einreden unbekannt. Sie konnte den Beklagten nur durch den Grundsatz schützen, daß das Eigenthum der Sache auf ihn übergehe.

Hier ist es denn merkwürdig, daß man selbst zu den Zeiten unserer klassischen Juristen von einer Einrede, wodurch der Beklagte gesichert worden wäre, nichts wußte, sondern das Eigenthum als auf ihn übertragen ansah, und ihn als Käufer beurtheilte *). Diese Ansicht aus einer Zeit, wo das Verfahren mit Sponsio gewiß noch nicht abgekommen war, hat etwas Unerklärliches, wenn man nicht etwas Traditionelles darin erblickt.

Fassen wir Beides zusammen, daß man in dem Zeitalter des Julian, Cajus nicht durch Einreden half,

*) L. 7. §. 1. D. de publ. in rem act. l. 22. D. rer. amot. l. 1. 3. De pro emtor.

und daß man in frühern Epochen doch auch Schutzmittel gegen mehrfache Klagen für den Beklagten haben mußte, so überzeugen wir uns ohne Schwierigkeit, daß man von jeher ein zur Klage gebrachtes dingliches Recht auf den Beklagten übertrug.

Sehr richtig bemerkt Ribbentrop *), daß der Beklagte nicht schon durch die Condemnatio, sondern erst, nachdem er ihr genügt und ihren Betrag gezahlt gehabt habe, Eigenthümer wurde. Diese Bemerkung fließt nicht sowohl aus einer Aeusserung Julians', als aus der Maxime, daß kein Käufer in der Regel ohne Zahlung Eigenthum erwerbe. Daher wird auch allenthalben, wo man den verurtheilten Beklagten als Käufer behandelt, nicht blos eine Condemnatio, sondern eine Zahlung der Litis Aestimatio vorausgesetzt.

L. 63. D. de rei vind. Ipso quoque, qui litis aestimationem *perceperit*, possidente debet adjuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia . . . *recepit*, restituere.

L. 7. §. 1. D. de public. in rem act. Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni, et ait Julianus, si *obtulit* reus litis aestimationem, publicianam competere.

L. 5. §. 1. D. commod. Si quis hac actione egerit, et oblatam litis aestimationem *susceperit*, rem offerentis facit.

L. 21. §. 2. D. de evict. . . . quamvis, si ipse judicio accepto victus esset, et litis aestimationem sustulisset, placeat committi stipulationem . . . neque enim habere licet eum, cujus si *pretium quis non dedisset*, ab adversario auferretur; prope

---

*) L. c. S. 7. not. 6.

enim hunc ex secunda emtione, id est, ex *litis aestimatione*, emtori habere licet, non ex pristina.

L. 22. D. de rer. amot. act. Qui lites aestimationem *suffert* emtoris loco habendus est: ideo si mulier . . . aestimationem litis *praestiterit etc.*

L. 1. D. pro emtor. Possessor, qui litis aestimationem *obtulit*, pro emtore incipit possidere.

Die Meinung, wornach der Beklagte, der einer Condemnatio genügte, als Käufer galt, erscheint als ein natürlicher Ausfluß des ganzen Verfahrens. Bediente sich der Kläger der formula petitoria, so stellte die Condemnatio den durch Anschlag herausgekommenen Werth dar; bediente er sich der Sponsio, so ward gerade der Gehalt der Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum aus dem Werth der Sache und der Früchte gebildet. Treffend sagt daher Rippentrop bei der formula petitoria *): „quid mirum igitur, quod, condemnatione propter rem ipsam facta, res quasi vendita habebatur," und bei dem Verfahren durch Sponsio **): „sed ejusmodi condemnatio cum necessario emtionis et venditionis instar habenda sit."

Diese natürliche Erklärung ist indessen schon darauf gegründet, daß man einen Kauf durch einfachen Consens abschließen, also bei hoher Aehnlichkeit gewisser Geschäfte einen Kauf auch fingiren konnte. In der ältesten Zeit hingegen waren die Fictionen nicht gebräuchlich, und die Contractsformen zu beschränkt, um der Analogie einzelner Geschäfte mit anerkannten Contractsformen eine solche Bedeutung zu verleihen. Ging aber doch auch in den ältern Epochen die Sache auf den Beklagten über, so mußte die Uebertragung um so mehr durch einen wahrhaften Vertrag bewirkt werden.

*) L. c. S. 6.

**) L. c. S. 10. not. 13.

als man damals und namentlich in der Periode der Legis Actiones wohl schwerlich einen Kauf und Verkauf als reinen Consensualvertrag hatte. Die Art, wie man damals Eigenthum übertrug, hatte mit einer einfachen Condemnatio nicht Aehnlichkeit genug, um durch die letztere an sich, ohne daß noch ein Zusatz hinzugekommen wäre, ein dingliches Recht erwerben zu lassen.

§. 6.

Judicia stricta, arbitraria, bonae fidei.

Ich habe in den vorhergehenden Paragraphen von den Leistungen des Beklagten und der Zeit gesprochen, auf welche dieselben bezogen werden; ich habe namentlich behauptet, daß der Judex, welchem eine formula incerta ertheilt worden, auch die Zwischenzeit zwischen der Litis Contestatio und der Condemnatio in Berechnung nehmen konnte. Gegen diese Behauptung steht die Ansicht derjenigen Rechtsgelehrten, welche auch Klagen mit formulâ incertâ zu den Actiones stricti Juris zählen und streng nach der Zeit der Litis Contestatio beurtheilen. Unter denselben trägt sogar Heffter kein Bedenken, eine Lücke in Cajus durch eine ganz in diesem Sinne gebildete Conjectur zu ergänzen *) (Caj. IV. §. 131. . . . . . quantumvis in obligatione fuerit, tamen id solum consequimur, quod litis contestatae tempore praestari oportet, ideoque removemur agere volentes). Dennoch hätte ihn die ergänzte Stelle des Cajus selbst auf den Irrthum, welcher in jener Ansicht enthalten ist, am meisten aufmerksam machen können.

Cajus spricht mit dürren Worten aus, daß unter einer formula incerta auch künftige Leistungen begriffen seyen, und leitet gerade daraus die Nothwendigkeit ei-

---

*) Heffter, l. c. observ. lib. S. 73 — 74.

ner Präscriptio her. Wie wäre aber dieß möglich gewesen, wenn die Litis Contestatio als der bestimmte Grenzpunkt für die Leistungen gegolten hätte? Würde doch in diesem Fall das Wort: „oportet" für die formula keine andere Bedeutung gehabt haben als für die Novation; es würde das „oportebit" nicht enthalten haben. Folglich ließe sich auch nicht sagen, daß vermöge einer einfachen formula incerta künftige Leistungen vor Gericht gebracht wurden, und eine Präscriptio nothwendig machten. Denn bildete die Litis Contestatio eine genau gesteckte Grenzscheide, so wurden die nach ihr fälligen Leistungen gar kein Gegenstand des Streits, und konnten mithin durch Litis Contestatio auch nicht zernichtet werden. Die Litis Contestatio hatte an sich selbst bewirkt, daß künftige Leistungen aus dem Judicium ausgeschieden und erhalten wurden. Die Sache hätte sich unter diesen Umständen eben so verhalten, wie wenn der Kläger selbst die bis zur Litis Contestatio fälligen Leistungen mit einer Actio certi eingeklagt haben würde; daß der Kläger dieß thun konnte, leidet wohl keinen Zweifel *); und that er es, so bedurfte er keiner Präscriptio, um sich später fällige Leistungen zu sichern, weil diese spätern Leistungen durch die formula certa ohnehin von dem Judicium abgetrennt waren.

Diese Bemerkungen werden durch die Art, wie Cajus die Lehre von den Präscriptionen abhandelt, auffallend bestätigt. Er stellt den allgemeinen Satz voran:

Videamus etiam de praescriptinoibus, quae receptae sunt pro actore. Saepe enim ex una eadem-

*) L 9. D. de reb. cred. Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contracto petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio.

que obligatione aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est.

Hierauf erläutert er ihn durch zwei Beispiele, durch das Beispiel einer Actio incerti aus einer Stipulation und dann durch das Beispiel einer Actio ex Emto. Die Actio aus einem Kauf war entschieden bonae fidei, so wie sich außer ihr noch viele Actiones bonae fidei denken lassen, wobei die Leistungen nach gewissen Zwischenräumen fällig werden.

Bei Actiones bonâ fidei reichte aber die Befugniß des Judex über die Zeit der Litis Contestatio hinaus und bis zur Zeit der Condemnatio. Die Sicherheit, welche durch eine Präscriptio gewährt ward, müßte also nach der Ansicht Heffters eine verschiedene gewesen seyn, je nachdem die Klage bonâ fidei oder stricti Juris war, indem sie dort gegen die Condemnatio hier gegen die Litis Contestatio schützen sollte. Erscheint es nun nicht auffallend, daß Cajus nicht ein Wort von diesem Unterschied sagt, sondern die Beispiele einer Actio incerti ex Stipulatu und einer Actio aus dem Kauf auf eine solche Weise neben einander stellt, daß man sich unwillkührlich überzeugt, die Präscriptio hatte bei beiden denselben Zweck, sollte bei beiden auf dieselbe Art, und gegen denselben Nachtheil sichern?

Der ergänzenden Conjectur steht ins Besondere die ganze Fassung der Stelle im Wege. Nachdem Cajus im Eingange die allgemeine Bemerkung gemacht hat: „saepe enim ex una eademque obligatione aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est;" so fährt er fort, dieselbe an einem Beispiel (velut) zu erläutern. Das Beispiel ist von einer Actio incerti ex Stipulatu hergenommen; aber, gerade als Beispiel, das blos zur Erklärung dient, soll und kann es die Fälle, welche durch die vorangehende allgemeine Bemer=

kung bezeichnet sind, nicht erschöpfen. Jene Fälle nun, d. h. jene Rechtsverhältnisse, welche mehrere zu verschiedenen Zeiten fällige Leistungen umfassen, entstanden eben so häufig aus Gründen, die eine Actio bonâ fidei erzeugten, als aus Gründen, worauf sich eine andere Art von Klage stützte. Für sie alle wollte Cajus die Nothwendigkeit der sichernden Präscriptio darthun. Daher nimmt er, sobald das erklärende Beispiel zu Ende ist, den Faden in einer allgemeinern Beziehung wieder auf mit den Worten: „si ergo velimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in judicium deducere, futuram vero praestationem in incerto relinquere, necesse est ut cum hac praescriptione agamus etc." Das Wörtchen: „ergo" und die Haltung des Satzes zeigen zur Genüge, daß es sich hier nicht mehr von dem einzelnen Beispiele, sondern vielmehr davon handle, die Anwendung der Präscriptio im Allgemeinen zu verdeutlichen, und daß sich der letztere Satz an den Eingangssatz genau anschließe.

Sollte indessen die Nothwendigkeit der Präscriptio allgemein für alle Rechtsverhältnisse, wo „aliquid jam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est," nachgewiesen werden, und umfassen diese Rechtsverhältnisse unumgänglich auch solche Obligationen, die durch Actiones bonae fidei gelten gemacht werden; so kann die Ergänzung durchaus nicht richtig seyn. Denn diese Ergänzung paßte keineswegs auf Judicia bonae fidei, bei welchen der Judex die Zeit bis zur Condemnatio berücksichtigen konnte und mußte. Die Conjectur hätte allein Sinn für Judicia stricti Juris, und auch für sie nur, wenn es wahr wäre, daß es solche Judicia mit formulâ incertâ gab, und den Judex bei formulâ incertâ ebenfalls die Zeit der Litis Contestatio band. Auf Judicia bonâ fidei ließe sie sich die nie beziehen; und

doch wollte Cajus die Anwendung der Präscriptio ohne Unterschied der Judicia, ohne Unterschied der Causä, für alle Obligationen, aus welchen „aliquid jam praestari oportet aliquid in futura praestatione est," darthun und aufklären!

Was Heffter irre leitete, das ist der Begriff eines stricti Juris Judicium, den er weder mit Klarheit darstellte, noch mit Strenge festhielt.

Der Ausdruck: „strictum judicium" oder: „strictum jus" kommt bei Marcian und Ulpian im Gegensatz zu: „bonae fidei judicium" vor *). Papinian hingegen nennt: „judicia bonae fidei" und: „arbitraria," und setzt denselben andere Judicia entgegen, die weder zu der einen noch zu der andern Art gehören **). Jenen andern Judicia gibt Papinian keinen besondern Namen, ohne Zweifel, weil sie ihm durch ihren Gegensatz hinlänglich bezeichnet schienen. Ergänzen wir aber die Lücke, welche Papinian in der Benennung läßt, aus Marcian und Ulpian, und die Arten der Judicia, die wir bei Marcian und Ulpian zusammengestellt finden, aus Papinian; so erhalten wir die bekannten drei Arten der Judicia stricti Juris, arbitraria, und bonä fidei.

Fassen wir zunächst die letztern, die Judicia bonä fidei, in's Aug', so wird uns sogleich die Gewißheit, daß man bei denselben häufig von: „arbiter" und von: „arbitrium" sprach.

Cicero, Top. c. 17. „. . . . . imprimisque in *arbitrio* rei uxoriae etc." pro Rosc. Com. c. 9. „Quae cum ita sint, cur non *arbitrum* pro socio adegeris Q. Roscum, quaero."

---

*) L. 5. §. 4. D. de in lit. jur. l. 3. §. 2. D. commodat.

**) L. 3. §. 1. D. de usur. „In *his* quoque *judiciis*, quae non sunt *arbitraria* nec *bonae* fidei etc."

L. 3. §. 3. D. commod. „. . . . quasi hoc boni judicis *arbitrio* conveniat."

L. 24. D. depositi. „. . . . . est quidem constitutum, in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium *arbitri*, quantum stipulatio."

L. 38. D. pro soc. „Pro socio *arbiter* prospicere debet cautionibus etc."

L. 38. §. 1. D. de act emt. „Si per emtorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per *arbitrium* (arbitrum) indemnitatem posse servari, Sextus Aelius, Drusus dixerunt etc."

L. 31. §. 13. D. de aedil. edict. „. . . . . . tunc in *arbitrium* judicis veniet, qualiter mortuus sit etc."

L. 1. D. de usur. „Cum judicio bonae fidei disceptatur, *arbitrio* judicis usurarum modus . . . constituitur etc."

L. 1. §. 1. D. de pact. dotal. „. . . . . . ne ei, qui non interfuit, apud *arbitrum* cognoscentem, pactum etc."

L. 48. D. de solut. „. . . . . . sed si forte usurarum quoque rationem arbiter dotis reciperandae habere debuerit etc. *)."

L. ult. D. rem pup. salv. for. „. . . Nam aequitas *arbitri* atque officium boni veri videtur desiderasse etc."

L. ult. §. ult. D. de appell. „Substituti tutores in locum legitimi tutoris, experti cum eo tutelae judicio, cum *arbiter* inique condemnavit etc. **)."

Alle die Rechtsverhältnisse, von welchen in diesen Stellen die Rede ist, erzeugten ein Judicium bonâ fidei.

---

*) Man vergl. noch l. 24. §. peault et ult. D. solut. matrim.

**) Man sehe noch die Ueberschrift im C. *arbitrium* tutel.

Dessen ungeachtet wird dabei eines Arbitrium und eines Arbiter erwähnt; daher dürfen wir mit Recht schließen, daß die Judicia bonå fidei auch Judicia arbitraria gewesen seyen, und daß sie sich zu den Judicia, die man zur Auszeichnung arbitraria nannte und ihnen gegenüber stellte, wie die Art zur Gattung verhielten. Sie, die bonå fidei Judicia wurden unter den arbitraria zusammengefaßt, aber auch wieder davon geschieden, sobald man auf ihre besondere Eigenschaft Rücksicht nahm. Demnach stellen sich uns nur zwei große Klassen von Judicia dar, die stricti Juris und die arbitraria Judicia; eine eigenthümliche Unterart der letztern bildeten die Judicia bonå fidei.

Ich glaube indessen hier sogleich gegen eine Meinung warnen zu müßen, die wohl leichten Eingang finden könnte. Sind nämlich, also möchte man folgern, die Judicia in zwei Klassen abgesondert gewesen, so ist es auch natürlich, daß eine jede Klasse ihre eigenthümliche ausschließliche Benennung hatte, und daß die Benennung der einen nicht mit der Benennung der andern verwechselt wurde. Vermöge dieser Folgerung würden die Ausdrücke: „judicium," „judex," „arbitrium," „arbiter" etwas Technisches erhalten, wodurch ihr Gebrauch als beschränkt, die Worte: „judex," „judicium" als einzige Bezeichnung der Judicia stricta sich herausstellten. Allein jene Meinung zeigt sich in dieser Allgemeinheit einer tiefern Forschung ohne Halt, und wir können in ihr nur ein Erzeugniß des Irrthums entdecken.

Der Arbiter war auch ein Judex, aber auf eine eigenthümliche Weise, mit andern Befugnissen ausgestattet; und nirgend trug man Bedenken, ihn mit dem Namen: „judex" zu bezeichnen.

Schon Cicero bezeugt uns an einer Stelle, wo er sich über die Juristen ein wenig lustig macht, daß der Sprachgebrauch in die Benennung: „arbiter" nie etwas civilistisch Technisches gelegt habe, wodurch die Benennung: „judex" ausgeschlossen worden wäre.

Pro Muraena, c. 12. Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum diem tertium an perendinum, *judicem* an *arbitrum*, rem an litem dici oporteret.

Obgleich Cicero, seinem Zwecke zu Liebe die Sache etwas dreht, und, um die Juristen zu verspotten, den Mangel fester Begriffe vorgibt; so zeigt er uns doch eben damit, daß sich die Civilisten zu keiner Zeit des Wortes: „arbiter" für eine bestimmte Klasse von Richtern mit Ausschluß des Wortes: „judex" bedienten.

Entschiedener belehrt uns Festus, daß der Arbiter auch ein Judex gewesen sey, und sich nur durch ausgedehntere Gewalt von dem eigentlichen Judex unterschieden habe. Er sagt nämlich:

Arbiter dicitur judex, qui totius rei habeat arbitrium et facultatem.

Am meisten sehen wir aber aus den uns noch aufbewahrten Quellen des römischen Rechts, daß man das Wort: „arbiter" nicht als ein ausschließendes ansah, indem dieselben gerade bei Judicia arbitraria das Wort: „judex" gebrauchen.

Die Actio: „de eo, quod certo loco dari oportet" *) ist recht eigentlich eine arbitraria; denn sie ward als arbitraria für die Rechtsverhältnisse eingeführt, bei welchen sonst ein strictum Jus vorherrschte und das Bedürfniß nach einer Actio arbitraria sich fühlbar mach-

*) D. lib. 13. tit. 4.

te *). Dennoch bedienen sich bei dieser Actio die Rechtsgelehrten Africanus, Cajus, Paulus und Ulpianus der Bezeichnung: „judex" und nicht der Benennung: „arbiter **);" was offenbar nicht geschehen konnte, wenn das Wort; „arbiter" eine das Wort: „judex" **ausschließende** Bedeutung gehabt hätte.

Auf dieselbe Weise wird bekanntermaßen in unsern Quellen bei Actiones arbitrariâ und bonâ fidei, die doch auch zu der Klasse der arbitrariâ gehörten, sehr oft die Benennung: „judex" angewendet. Für die hier aufgestellte Behauptung gibt der Umstand ein merkwürdiges Zeugniß, daß man von dem „judex" einer Actio redet, die zu den arbitrariâ gerechnet werden muß.

L. 21. §. 8. D. de eo quod certo loc. Nunc de officio *judicis* hujus actionis loquendum est etc.

L. 3. D. de pign. et hypoth. . . . Sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, *judex* actionis Servianae, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debebit etc.

L. 1. §. 2. D. de usur. Nec tamen *judex* judicii bonae fidei recte jubebit interponi cautiones etc.

L. 9. pr. D. de novat. . . . . . sed *judex* tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret ***).

Cajus. IV. §. 163. Namque si *arbitrum* postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur, arbitraria: nam *judicis* arbitrio si quid restitui, vel exhiberi debeat, id sine poena etc.

Vatic. fragm. §. 94. . . . . . quae tamen officio *judicis* rei uxoriae continetur.

---

*) L. 1. 2. 7. D. de eo, quod cert. loc.

**) L. 8. 5. 10. 2. §. ult. l. 4. D. de eo, quod cert. loc.

***) Man sehe noch l. 10. D. de reb. eor.

Alle die Actiones, deren die voranstehenden Auszüge erwähnen, gehören zu den Actiones arbitrariä, indem sie theils rein arbitrariä theils doch als bonä fidei Actiones darunter begriffen sind. Wäre mithin das Wort: „arbiter" ausschließend gewesen, so hätte man gewiß am wenigsten von einem: „*judex* actionis" geredet, da in diesem Ausdruck gerade etwas Hervorstehendes liegt*).

Auf der andern Seite hingegen haben die Worte: „judex", „judicium" eine civilistisch-ausschließende Bedeutung, in so fern man ein Judicium strictum nie: „arbitrium" und die dabei thätige Person nie: „arbiter" nannte. Für ein Judicium strictum gibt es keine andere Bezeichnungen als durch: „judicium" und „judex." Dieß erhellt daraus, daß wir nirgend, weder bei juristischen noch bei andern Schiftstellern die Ausdrücke: „arbiter," „arbitrium" auf Gerichte angewendet finden, die zu den Judicia stricta gerechnet wurden; eine Thatsache, die um so stärker beweist, je mehr umgekehrt die Worte: „judex," „judicium" bei Judicia arbitraria gebraucht werden.

Demnach erschiene die Bedeutung der Worte: „judex," „judicium" viel umfassender, als die der Worte: „arbiter," „arbitrium." Jene bezeichnen einmal die Judicia stricta ausschließend, neben denselben aber auch die Judicia arbitraria; diese hingegen bezeichnen nur

*) Es verdient hier besonders bemerkt zu werden, daß in dem Titel: „de in litem jurando" (D. XII, 3.) einzig der Judex genannt wird; während es doch als Regel anerkannt werden muß, daß blos bei Judicia arbitraria und bonä fidei in Litem geschworen werden könne. (L. 5. D. de in lit. jur.) Es darf als Etwas, das sich wohl von selbst versteht, kaum erwähnt werden, daß von dem Wort: „arbitrium" dasselbe gilt, was ich von dem Wort: „arbiter" ausführte. Hiefür läßt sich auch der Beweis auf dieselbe Weise aus unsern Quellen liefern.

die Judicia arbitraria; jene sind positiv, diese negativ ausschließend, so fern jene einzig und allein diese ganz und gar nicht auf Judicia stricta angewendet wurden.

Mit dem Ausdruck: „judicium" haben die Römer den allgemeinsten Sinn verbunden, und ihn auf jede Art von Gericht bezogen; in engere Grenzen ward das Wort: „arbitrium" geschlossen, es deutete blos auf eine gewisse Art von dem, was man: „judicium" nannte; die beschränkteste Beziehung gab man der Bezeichnung: „bonae fidei judicium." Das Verhältniß aller drei Benennungen läßt sich ungefähr also bestimmen: wie sich das Judicium bonâ fidei zum Arbitrium verhielt, eben so verhielt sich das Arbitrium zum Judicium, folglich zeigt sich uns das Arbitrium als eine Unterart des Judicium, und das bonâ fidei Judicium als eine Unterart des Arbitrium.

Hieraus überzeugen wir uns leicht, daß wir nie befugt sind, den Ausdruck: „judicium" an und für sich, und wenn nicht der übrige Inhalt der Stelle uns dazu berechtigt, auf eine bestimmte Klasse von Judicia zu beschränken; daß wir eben so wenig aus dem Ausdruck: „arbitrium" an und für sich, und ohne durch andere Gründe dazu befugt zu seyn, das bonâ fidei Judicium ausschließen dürfen; und daß wir endlich kein Recht haben, das Wort: „judicium" im Gegensatz gegen: „bonae fidei judicium" an und für, und wo uns nicht eine besondere Veranlassung zur Seite steht, auf ein Judicium strictum oder ein Judicium arbitrarium ausschließlich zu beziehen. Dagegen können wir gewiß seyn, daß unter dem Worte: „judicium" ein Judicium strictum verstanden werde, sobald dasselbe im Gegensatz von Arbitrium oder neben demselben gebraucht wird, und daß unter: „arbitrium" nur diejenigen Arbitria gemeint seyen, die nicht bonâ fidei sind, sobald man

den Ausdruck: „bonae fidei judicium" neben demselben oder als Gegensatz erwähnt; während wir von dem Ausdruck: „arbitrium," neben oder als Gegensatz von Judicium angewendet, das Judicium bonâ fidei nicht mit Sicherheit absondern.

Das Ergebniß, welches ich durch die bisherige Untersuchung erlangte, wird denn auch mit Klarheit von Cicero bestätigt.

Cicero, de officiis, c. 17. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus *iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona;* fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur.

Hier belehrt uns Cicero, daß die Judicia bonâ fidei nur eine Unterart der Arbitria seyen, und daß sie sich von der Gattung der Judicia arbitraria einzig durch den Beisatz: „ex fide bona" unterscheiden. Dieß ergiebt sich aus den einzelnen Rechtsverhältnissen, welche er als Beispiel der Arbitria mit dem genannten Beisatz aufführt, Rechtsverhältnisse, welche alle ein Judicium bonâ fidei begründen *). Wenn nun Cicero diese Rechtsverhältnisse im Eingange damit näher bezeichnet, daß er sie „*ea arbitria*" nennt, „in quibus adderetur *ex fide bona,* so hat er hiedurch meinen Schluß aufs Vollständigste gerechtfertigt. Ich will mit dieser Stelle sogleich eine andere desselben Verfassers vergleichen.

Topic. c. 17. In omnibus igitur iis judiciis, in quibus *ex fide bona* est additum; ubi vero etiam: *ut inter bonos bene agier;* inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est: *quid aequis melius,* parati esse debent.

*) Cajus, IV. §. 62. — §. 28. J. de action.

Hier nennt Cicero: „judicia" was er in den Officien: „arbitria" nennt; er zeigt aber gleich durch eine besonders aufgeführte Art: („in *arbitrio* rei uxoriae"), daß er Judicium nach seiner allgemeinen Bedeutung, wornach es auch das Arbitrium unter sich begreift, gebrauche.

An einem Orte hingegen bemerkt er:

Pro Rosc. Com. c. 4. Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per judicem: in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti: propterea quod *aliud est judicium*, *aliud arbitrium*. . . . . De quo nomine ad *arbitrum* adisti, de eo ad *judicem* venisti. Ceteri cum ad *judicem* causam labefactari animadvertunt, ad *arbitrum* confugiunt: hic ab *arbitro* ad *judicem* venire est ausus.

Die scharfe Entgegensetzung von Judex und Arbiter, Judicium und Arbitrium mahnt uns unwiderstehlich, daß Judicium hier nicht in einem weitern, sondern in einem engen Sinne, in seiner ausgezeichneten Bedeutung als strictum genommen werde. Verbinden wir nun die drei Stellen Cicero's mit einander, und erwägen wir ihren Inhalt genau, so finden wir, daß sie von einem Sprachgebrauch, wie ich ihn vorher beschrieb, zeugen und das Verhältniß zwischen Judicium, Arbitrium, und bonae fidei Judicium aufs Genaueste eben so bestimmen, wie ich dasselbe nach unsern juristischen Quellen bestimmt habe.

Ich kehre von hieraus zu den wenigen Stellen zurück, welche in unsern Rechtsquellen das Judicium strictum erwähnen. Die eine ist:

L. 5. §. 4. D. de in lit. jur. Plane interdum et in actione *stricti judicii* in litem jurandum est etc.

Bedenken wir, daß Marcian im Eingang dieser Stelle blos der Judicia bonâ fidei namentliche Erwähnung that, die Judicia arbitraria jedoch nicht ausdrücklich nennt, sondern nur durch Anführung einiger Beispiele bezeichnet (l. 5. pr. D. de in lit. jur. In actionibus in rem et in ad exhibendum); so begreifen wir, weßhalb er im §. 4. das Wort: „strictum" hinzufügt. Es sollte dadurch jedes Mißverständniß verhütet werden, als ob die Judicia, bei welchen ausnahmsweise auch „in litem jurandum est" Judicia arbitraria unter sich begriffen, solche nämlich, welche die im Eingang ausgedrückten Beispiele nicht umfassen. Denn bei den Judicia arbitraria überhaupt ward regelmäßig in Litem geschworen.

Die zweite Stelle sagt:

L. 3. §. 2. D. commod. In hac actione sicut in caeteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur, et rei judicandi tempus, quanti res est, observatur, quamvis in stricti litis contestatae tempus spectetur.

Ulpian bedient sich hier des Worts: „strictum" aus demselben Grunde, damit man nicht glaube, da er vorher blos bonâ fidei Judicia nannte, der Gegensatz könne sich etwa auch auf Judicia arbitraria beziehen.

Ganz anders zeigt sich die Sache bei Papinian in l. 3. §. 1. D. de usur. Dieser stellt Judicia arbitraria und bonâ fidei in den Gegensatz; daher konnte er sich mit dem allgemeinen Ausdruck: „judicium" begnügen, weil es unmöglich war zu verkennen, daß in diesem Zusammenhang blos stricta Judicia darunter zu verstehen seyen.

Forschen wir nun nach dem Unterschied zwischen Judicia stricti Juris, arbitraria und bonâ fidei, und zwar vorerst nach dem äußern Unterschied, d. h. nach

den Merkmalen, woran sie erkannt werden oder, was dasselbe sagt, nach den juristischen Voraussetzungen, unter welchen sie zu der einen oder andern Art der Judicia gerechnet werden; so giebt uns auch hier wieder Cicero den besten und klarsten Aufschluß. Was zuerst den Unterschied zwischen den Judicia arbitraria überhaupt und ihrer Unterart, den Judicia bonâ fidei betrifft, so haben wir bereits in diesem Paragraphen zwei Stellen (Topic. c. 17. de Offic. III. 17.) kennen gelernt, aus welchen wir mit Gewißheit abnehmen dürfen daß der Beisatz: „ex fide bona" oder eine dem Sinn nach ähnliche Hinzufügung die einzige äußere Unterscheidung gebildet habe.

Ueber die Judicia stricti Juris und arbitraria, und ihre unterscheidende Eigenschaft, spricht sich Cicero an folgender Stelle aus.

Pro Roscio Commoed. c. 4. Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. Ejus rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex: *si paret* H—S IↃↃↃ *dari oportere*. Hic, nisi planum facit, H—S IↃↃↃ ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: *quantum aequius melius, id dari*. Ille tamen confitetur plus se petere, quam debeatur; sed satis superque habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter causa confidit, alter diffidit. Quae cum ita sint, quaero abs te, quid ita de hac pecunia, de his ispsis H—S IↃↃↃ, de tuarum tabularum fide compromissum feceris, arbitrum

sumseris, quantum aequius melius sit, dari, repromittive, si pareret? Quis in hanc rem fuit arbiter? Utinam is quidem Romae esset! Romae est. Utinam adesset in judicio! adest. Utinam sederet in consilio C. Pisonis! ipse C. Piso est. Eundemne tu arbitrum et judicem sumebas? eidem et infinitam largitionem remittebas, et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas? Quis unquam ad arbitrum, quantum petiit, tantum abstulit? nemo, quantum enim aequius esset sibi dari, petiit.

Kann irgend eine der Reden Cicero's juristisch genannt werden, so ist es die, welcher ich die vorstehenden Bemerkungen entnahm: ein desto größeres Gewicht dürfen wir auf diese Bemerkungen legen. Nach denselben zeichnet sich das Judicium (strictum) dadurch aus, daß der Gegenstand des Streites ein bestimmter, genau begrenzter, ein Certum (etwa certa pecunia), der Judex an eine feste, unwandelbare Vorschrift gebunden (angustissima formula conclusus) gebunden ist, und der Kläger nur durch und durch obsiegen kann oder unterliegen muß (ut totam litem aut obtineamus aut amittamus). Vor das Arbitrium hingegen werden ungewisse, unbestimmte Ansprüche gebracht, bei welchen die Möglichkeit Statt findet, daß man Etwas doch nicht Alles erhalte. Die Vorschrift des Arbiter ist eine mildere (mite, moderatum), das Erkenntniß wird mehr in seine Willkühr gelegt, mehr von seiner Ueberzeugung, wie sie sich im Laufe der Verhandlungen bilden möchte (quantum aequius melius), abhängig gemacht. Was uns Cajus von der formula certa (IV. §. 52.) sagt: „debet autem judex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque majoris neque mi-

noris summa petita condemnet," das sagt uns Cicero von der formula, wonach ein Judicium strictum geordnet wurde; und was Cicero über die formula, worin das Unterscheidende des Arbitrium lag, ausspricht, das spricht Cajus (IV, §. 54.) von der formula incerta aus: „Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere intendatur, nemo potest plus intendere *)."

Mit einem Worte: die formula certa macht das Wesen des Judicium strictum, die formula incerta das Wesen des Arbitrium aus.

Was uns Cicero über das Verhältniß des Arbitrium zum Judicium offenbart, das bestätigt uns Seneca an zwei Orten.

De benefic. III, 7. Ideo melior videtur conditio causae bonae si ad judicem, quam si ad arbitrum mittitur; quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera et nullis astricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest, et adiicere, et sententiam suam non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere.

De clement. II, 7. Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula sed ex aequo et bono ju-

---

*) Man vergl. noch l. 1. pr. D. de interr. in jur. fac. . . . . Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, et ita, si *certum* petetur; ne, dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, intertum plus petendo aliquid damni sentiat. Ohne Zweifel ist das „aliquid damni sentiat" Interpolation, da man vor Justinian und Zeno nicht von einem „*aliquid* damni" reden konnte. Vielleicht hatte Callistratus geschrieben: „causa cadat," oder: „litem pertat," oder auch: „damnum sentiat."

dicat, et absolvere illi licet, et, quanti vult, taxare litem.

Das „in angustissimam formulam concludere" bei Cicero finden wir bei Seneca beinahe wörtlich (illum formula includit) wieder; und die „certos, quos non excedat, terminos" oder das „sub formula judicat" bei Seneca wird uns von Cicero nur noch schärfer durch die Wirkung (ut totam litem aut obtineamus aut amittamus) dargestellt. Cicero sagt uns: „quis unquam ad arbitrum, quantum petiit, tantum abstulit? nemo. Quantum enim aequius esset sibi dari, petiit; eben so versichert uns Seneca von dem Arbiter bald: „detrahere aliquid potest et adiicere, bald: „ex aequo et bono judicat."

Diese merkwürdige, bis ins einzelne gehende Uebereinstimmung zwischen zwei Männern, die der Zeit nach weit von einander entfernt lebten, zu den Gebildetsten unter ihren Mitbürgern gehörten, und wovon der Eine (Seneca) des Rechts nicht unkundig der Andere (Cicero) so ziemlich darin erfahren war, kann uns wohl jeden Zweifel in die Richtigkeit ihrer Aussprüche benehmen.

Ganz das Nämliche erklärt dann auch Festus:

Sub v. arbiter dicitur judex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem.

Der Judex wird also deßhalb und in dem Fall Arbiter genannt, weil und wenn seine Willkühr bei der Entscheidung einen freien Spielraum hat, indem es von ihm abhängt, nicht blos, ob er überhaupt verurtheilen oder lossprechen wolle, sondern indem ihm „*totius* rei arbitrium" zukommt. Wo seine Willkühr beschränkt ist, wo ihm „certi, quos non excedat, termini" gesetzt sind, wo ihn der Magistrat „in angustissimam formulam" eingeschlossen hat; da heißt er nicht Arbiter sondern einzig und allein Judex.

Hiemit stimmen endlich auch unsere Rechtsquellen überein. Denn Paulus äußert sich über das Verhältniß der Actio „quod certo loco" zu den bonâ fidei Judicia folgender Gestalt:

L. 7. D. de eo, quod cert. loc. In bonae fidei judiciis, etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex emto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio §. 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.

Die Actio „de eo, quod certo loco" ward hauptsächlich zu dem Zweck eingeführt, um es gewissen Berechtigten möglich zu machen, an einem andern, als dem festgesetzten Zahlungsorte zu klagen. Denn einzelnen Berechtigten stand es nicht zu, den Beklagten anderwärts als an dem Orte zu belangen, wo nach der Verabredung geleistet werden sollte. Dieß war namentlich dann der Fall, wenn die Verbindlichkeit durch Stipulatio entstand, weil die Stipulationsworte den Berechtigten strenge banden, und der Verpflichtete sich nicht die geringste Abänderung gefallen lassen durfte. Hätte nun der Kläger keine andere Klage gehabt als diejenige, welche aus seinem Geschäfte floß, nehmlich keine andere als die Klage ex Stipulatu; so wäre er außer Stand gewesen, den Beklagten an irgend einem dritten Orte, der nicht der verabredete Leistungsort war, in Anspruch zu nehmen; und nahm er ihn an einem dritten Ort in Anspruch, so machte er sich einer Pluspetitio schuldig.

Indessen fand man es endlich hart, daß der Berechtigte die Verwirklichung seines Rechts dem Zufall Preis gegeben sehen sollte, ob er auch den Beklagten an dem Zahlungsorte irgend einmal treffen würde; und so erfand man die Actio „de eo, quod certo loco," machte die-

selbe zur Arbitraria und half dadurch einem gefühlten Bedürfnisse ab. *)

Das Wesentliche dieser Klage bestand darin, daß der Berechtigte vermöge derselben aufhörte, an einen bestimmten Ort gebunden zu seyn, daß er hingegen seine Ansprüche auf keinen genau begrenzten Gegenstaud, sondern auf etwas Unbestimmtes zu richten genöthigt war. Während er mit der ursprünglichen Klage ex Stipulatu z. B. 10 in Ephesus zu fordern hatte, so mußte er, wenn er mit der Actio arbitraria in Rom klagte, ein Ungewisses fordern. Statt daß bei der ursprünglichen Klage die Intentio certa (si paret *decem* dari oportere) war, so gestaltete sie sich bei der arbiträren Klage zu einer incerta. Ohne Zweifel verfuhr man dabei ungefähr auf die Weise, daß des stipulirten Geschäfts in der Demonstratio erwähnt, und an dieselbe sofort eine unbestimmte Intentio angereiht wurde: die Formula möchte demnach etwa so gelautet haben: „quod Aulus Agerius

*) L. 1. D. de eo quod cert. loc. Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere; sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet . . . . . non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare. §. 33. J. de action. . . . . . . Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit, sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est: verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit: *Ephesi dare spondes?* Romae pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur etc. Ohne Zweifel hatte Cajus an der Stelle, wo er das „Loco plus petere" (IV. §. 53) abhandelt, etwas Aehnliches bemerkt.

decem Ephesi sibi dari stipulatus est, spopondit Lucius Titus, quidquid ob eam rem Lucium Titum Aulo Agerio dare facere oportet etc." Durch diese unbestimmte Formula erlangte dann der Judex die Befugniß, die Condemnatio über die verabredete, bestimmte Summe hinauf zu steigern oder unter sie herab zu drücken; und diese Befugniß war es gerade, die der Judex durch die Actio arbitraria erlangen, und wodurch die Pluspetitio vermieden werden sollte. Denn in Folge derselben konnte er sowohl die „utilitas loci" als jede andere gerechte Rücksicht der Billigkeit gelten lassen, und den Vortheil des Klägers wie des Beklagten in Betracht ziehen, und seine Condemnatio darnach einrichten. *)

L. 2. pr. D. de eo, quod certo loco. Arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris quam rei. Quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est, aut si actoris, majoris pecuniae fiat. §. 4. Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere quam eo loci, quo conveniebatur, ratio ejus haberetur? Julianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem etc.

L. 3. D. eod. Ideo in arbitrium judicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque; maxime vini, olei, frumenti, pecuniarum quoque etc.

L. 4. §. 1. D. eod. . . . . . In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est.

---

*) Caj. IV. §. 54. Illud satis apparet, in incertis formalis plus peti non posse.

Vergleichen wir nun die neue Klage mit der, welche dem Berechtigten eigentlich zugekommen wäre, so zeigt uns schon der Name der neuen Klage (actio arbitraria), welcher als nothwendiges Erzeugniß des Zweckes, zu welchem sie erfunden wurde, erscheint, daß die ursprüngliche Klage nur in einem Judicium strictum verhandelt werden konnte.

Als hervorstehende Eigenschaft dieses Judicium lernen wir aber den Umstand kennen, daß die Formula etwas Bestimmtes, Abgegrenztes hatte, über welches der Judex nicht hinaus konnte, und aus welchem, sobald an einem andern als dem Zahlungsorte geklagt wurde, eine Pluspetitio hervorging; wir stoßen bei ihr auf das „directum, asperum, simplex," wie es Cicero ausdrückt, auf die „certi termini" des Seneca. Gerade dieses Bestimmte sollte bei der neuen Klage vermieden werden; deshalb bildete man sie zur Actio arbitraria. Mithin machte das Certum das Wesen eines Judicium strictum, das Incertum das Wesen des Judicium arbitrarium aus, und die Formula incerta war das unvermeidliche Merkmal der Actio arbitraria, wie die Formula certa das innere Merkmal der Actio stricti juris. Um sich von der Richtigkeit dieser Bemerkungen zu überzeugen, darf man nur folgende Probe anstellen: wenn die Bemerkungen richtig sind, so müßte da, wo zwar eine Sache oder eine Summe an einem bestimmten Orte geleistet werden sollte, der Berechtigte aber ursprünglich mit einer arbiträren Klage auftreten konnte, eine neue Actio arbitraria für überflüssig erachtet worden, der Berechtigte vielmehr gehalten gewesen seyn, sich der ursprünglichen Klage zu bedienen.

Dieß gerade spricht Paulus in dem Fragment, das ich oben wörtlich aufnahm, in dem Fr. 7. D. de eo quod cert. loc. aus. Die Judicia bonä fidei gehören

mit zu der Judicia arbitraria und unterscheiden sich blos durch den Zusatz: „ex fide bona;" als eine Unterart der Arbitria haben sie eine durchaus incerta formula. Wo aber die formula incerta ist, da stellt der Kläger seine Sache dem Arbitrium des Richters anheim, indem er nach Cicero: „ad arbitrum hoc anime adit, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavit, consequatur." Der Judex selbst hat freien Spielraum, er kann vermöge seines Officium schon die Verschiedenheit des Orts berücksichtigen. Eine Pluspetitio ist daher unmöglich, eine neue Actio arbitraria folglich überflüssig. Darum: „in bonae fidei judiciis, etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex emto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio." Die letzten Worte wollen nicht andeuten, daß etwa die Actio emti keine Actio arbitraria seye, sie sagen vielmehr, daß die arbitraria Actio, von welcher hier die Rede ist (nämlich die eigenthümlich als arbitraria geschaffene Actio de eo quod certo loco) keinen Platz greife, sobald die Actio emti, depositi Statt finde, eben weil diese Actionen schon an sich und vermöge ihrer Natur arbiträr sind. Um indessen seine Absicht ganz klar heraus zu stellen, fügt er im §. 1. hinzu, daß man allerdings diese als arbitraria erfundene Actio (hac actione) gebrauchen müsse, wenn etwa die Uebergabe an einem bestimmten Orte vermöge einer Stipulatio zugesagt worden wäre, weil die Strenge der Stipulatio jedes Arbitrium ausschließt, und die formula der Klage eine Certa seyn würde, durch das Klagen an einem andern Orte mithin ein „loco plus petere" entstünde.

Unsere Probe bewährt sich aber auch noch von einem andern Standpunkte aus. Wenn die Leistung an sich von der Art gewesen wäre, daß sie nur vermöge

einer formula incerta geltend gemacht werden konnte, so hätte man auch keiner eigenthümlichen formula arbitraria bedurft, weil die von selbst eintretende formula bereits diese Natur an sich trug. Gerade hievon nun belehrt uns Papinian:

L. 43. D. de judic. Eumqui, insulam Capuae fieri certo tempore, stipulatus est, eo finito, quocunpue loco agere posse in id, quod interest, constat.

Die in dem vorgelegten Fall zu ertheilende formula mußte incerta seyn. Eben deßhalb erlangte der Judex schon durch sie die Befugniß, auf die Oertlichkeiten Rücksicht zu nehmen. Eine eigenthümliche Actio arbitraria war mithin überflüssig.

Ich darf nunmehr als Resultat der bisherigen Forschung kurz anführen; das Kennzeichen des Judicium strictum sey die formula certa, das des Arbitrium die formula incerta, und, würden zur formula incerta noch die Worte: „ex fide bona" hinzugesetzt, so entstehe ein bonâ fidei Judicium.

Um die Wahrheit dieses Resultats zu prüfen, dürfen wir uns nur eines sehr einfachen Mittels bedienen. Ich habe in dem Vorangegangenen Gelegenheit gehabt, von dem „plus petere" zu sprechen, indem die Erfindung der Actio arbitraria „de eo quod certo loco" mit demselben aufs Genaueste zusammenhängt.

Gehen wir um einen Schritt weiter, so erkennen wir ohne Schwierigkeit, daß nach dem gezogenen Resultate eine Pluspetitio nur bei einem Judicium strictum möglich gewesen seyn könne; da jedes andere Judicium durch eine formula incerta geregelt wurde, für eine formula incerta aber das „plus petere" von selbst ausgeschlossen war. Ist daher mein Resultat ohne Fehler gefunden worden, so muß ich auch behaupten dürfen, daß man bei einem Judicium arbitrarium und bonâ

fidei an keine Pluspetitio gedacht habe, oder, wenn auch für ein solches Judicium die Rede davon gewesen seyn sollte, dieß sich auf eine vollkommen genügende Weise erklären lasse, und mit jener Behauptung nicht in Widerspruch komme.

Schon Cicero hebt die Wirkung der Pluspetitio als den unterscheidenden Charakter des Judicium im Gegensatz gegen das Arbitrium heraus (ad judicem hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, ad arbitrum hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur). Cajus und Justinian führen in den Stellen ihrer Institutionen *), wo sie die Pluspetitio abhandeln, meistens Stipulationsgeschäfte an; und Cajus fügt noch am Ende bei: „itaque sicut stipulatio ipsa concepta est, ita et intentio formulae concipi debet:" als wollte er aufmerksam machen, daß die Folgen einer Pluspetitio nur bei Geschäften, die, wie Stipulationsgeschäfte, ein Judicium strictum zur Begleitung haben, eintreten.

Besonders merkwürdig ist aber, daß Cajus solcher Geschäfte, woraus ein Judicium bonâ fidei hervorging, nur bei Gelegenheit eines in die Demonstratio aufgenommenen Plus, das ohne allen nachtheiligen Einfluß bleiben soll, gedenkt **); gerade als ob er bei ihnen eine Pluspetitio mit ihren schädlichen Wirkungen eben so ausschließen wollte, wie sie bei ihnen Paulus, nach der kurz vorher näher erörterten l. 7. D. de eo quod cert. loc., ausgeschlossen hat.

Ich sehe gut ein, daß man mir zweierlei entgegenhalten möchte:

*) Caj. IV. §. 53. — §. 33. J. de action.
**) Caj. IV. §. 59.

1) Die Actio depositi. Nachdem Cajus die Ansicht deren, welche für alle Actiones, die auf die Ehre nachtheilig wirken könnten (quibus damnatus ignominia notatur), eine Pluspetitio auch durch die Demonstratio entstehen ließen, erwähnt und verworfen hat, giebt er selbst zu, daß bei der Actio depositi, sofern ihre formula in factum concipirt werde, ein „plus petere" und sein nachtheiliger Einfluß durch die Demonstratio erzeugt werden könne *). Dieser Einwurf müßte, um gegründet zu seyn, natürlich voraussetzen, die Actio depositi sey selbst da bonâ fidei gewesen, wo ihre formula in factum concipirt worden war.

Vergleichen wir indessen die beiden Formulä der Actio depositi, die in Jus und die in factum concepta mit einander, so wird die Voraussetzung und mit ihr auch der Einwurf verschwinden.

Die formula in Jus concepta hat allerdings den Beisatz: „ex fide bona;" aber die formula in Factum concepta entbehrt desselben; in ihr finden sich nur die Worte: „quanti ea res erit **)." Dieser Beisatz wird auch nicht durch die Worte ersetzt: „eamque dolo malo redditam non esse." Denn diese Worte beziehen sich blos auf den Umfang der Obligatio des Depositars, der nur für Dolus und eine ihm gleich geachtete Culpa haftet. Bei der formula in Jus concepta waren sie nicht nothwendig, weil der Beisatz: „ex bona fide" genügte, um dem Richter die Möglichkeit zu geben, sich innerhalb jenes Umfangs zu halten; wohl aber erforderte sie die formula in factum concepta, weil sonst der Richter die Culpa nicht ausnehmen durfte, indem sie in der formula nicht ausgenommen gewesen wäre.

---

*) Caj. IV. §. 60.
**) Caj. IV. §. 47.

Durch den Mangel des Beisatzes: „ex fide bona" fiel die Actio Depositi mit einer formula in factum concepta aus der Klasse der bonâ fidei Judicia heraus; und die Nothwendigkeit der Worte: „dolo malo redditam non esse," welche bei der formula in Jus concepta für überflüssig gehalten wurden, zeigen zur Genüge, daß die Actio depositi mit der formula in factum concepta einer ganz andern Reihe von Actiones zugesellt worden sey. Sie kam durch ihre formula in die Klasse der Actiones, die auf eine Res certa gingen, wobei zwar auch ein Arbitrium des Judex eintrat, die aber dessen ungeachtet ein Judicium strictum erzeugen konnten und mithin der Pluspetito freien Einfluß gestatteten. Ueberlegen wir hiezu, daß die Pluspetitio bei der Actio Depositi mit einer formula in Jus concepta keine Folgen hatte, so sehen wir klar, welch' ein Unterschied zwischen den Actiones Depositi je nach der Fassung ihrer formula war; wir sehen klar, daß die Pluspetitio bei der einen keinen Nachtheil brachte, weil sie bonâ fidei gewesen ist, und eine Intentio incerta hatte, daß sie hingegen bei der andern, die nicht zu den Judicia bonâ fidei gehörte, und eine Intentio certa hatte, vollen Einfluß übte *). Ich kann hier die Frage dahin gestellt seyn lassen, wie es gekommen sey, daß man der Actio depositi eine solche verschiedene Natur beilegte; weßhalb aber bei einer Actio in Personam auf Res certa, des dabei eintretenden richterlichen Arbitrium ungeachtet, ein Judicium strictum und eine Pluspeticio mit ihren Folgen angenommen wurde, das hoffe ich weiter unten aufzuklären.

*) Aus der Zulässigkeit der Pluspetitio bei der „Actio depositi in factum" sehen wir, daß sich die Eintheilung von actiones strictae, arbitrariae, und bonae fidei auch auf prätorische Klagen beziehe.

2) Die Actio in Rem. Cajus erzählt (IV. §. 54) uns, was bei einer formula incerta Rechtens sey: „idem juris est, etsi in rem incertae partis actio data sit; velut potest heres, quantam partem petat in eo fundo, quo de agitur, nescius esse." Hieraus schließt man mit allem Fug, daß die Wirkung der Pluspetitio da eintrat, wo die Actio nicht auf eine incerta Pars verliehen worden war. Bei einer Actio in Rem ward aber dem Arbitrium des Judex Statt gegeben; mithin haben wir eine Actio arbitraria, die unter dem Einfluß der Grundsätze über die Pluspetitio steht.

Wäre übrigens die herausgehobene Stelle des Cajus die einzige, welche von der Bedeutung der Pluspetitio für die Actio in Rem handelt, so würde ich geneigt seyn, dieselbe auf das angeführte Beispiel der Erbschaftsklage zu beschränken, und nur bei ihr nachtheilige Folgen von der Pluspetitio abzuleiten, sobald nicht wegen einer Pars incerta geklagt wurde. Für die Erbschaftsklage wären dann solche Folgen sehr natürlich, weil dieselbe früher ein strictum Judicium hervorrief, und bekanntlich erst von Justinian zu einer bonâ fidei Actio gestempelt wurde.

Doch diese Stelle ist nicht die einzige. Justinian sagt (§. 33. J. de act.) allgemein: „aut si is, cujus ex parte res est, totam eam vel majorem partem suam esse intenderit;" und Cajus hatte, so weit man aus den wenigen, uns (IV, §. 53.) aufbewahrten Worten (ex parte res est, totam rem) schließen möchte, ungefähr dasselbe gesagt. Folglich war bei der Actio in Rem überhaupt eine Pluspetitio möglich.

Allein man vergesse nur nicht, daß diese Schwierigkeit auch für die vorhanden ist, nach deren Ansicht ein strictum Judicium mit einer Formula incerta zu bestehen vermag. Denn einmal soll nach Cajus die Formula incerta eine

Pluspetitio ausschließen, und dessen ungeachtet eine Pluspetitio bei einer Actio in Rem wirksam seyn, während Cajus selbst die Actio in Rem recht eigentlich als das Beispiel für eine Actio mit einer Formula incerta aufführt. *)

Ich glaube den Widerspruch gerade durch meine Ansicht am leichtesten erklären zu können. Man erinnere sich nur dessen, was ich früher über die Actiones in Rem bemerkte. Unmittelbar auf die Legis Actiones, und ihnen nachgebildet, folgte das Verfahren mit Sponsio. Dieses Verfahren konnte seinem ganzen Wesen nach, da es auf einer reinen Verborum Conceptio beruhete, eine Summa Sponsionis zunächst zum Gegenstand, und eine Stipulatio pro präde Litis et Vindiciarum im Gefolge hatte, nur ein strictes seyn. In einem Judicium strictum allein konnte die Actio in Rem mit Sponsio durchgeführt werden. Daß nun dabei eine Pluspetitio Platz griff, lag in der Natur der Sache. Als hierauf später die Formula petitoria erfunden wurde, so suchte man sich, so viel als möglich, an die ältern Begriffe anzuschließen. Man richtete die Condemnatio auf Geld, mußte aber, weil die Restitutio frei gegeben werden sollte, ein Arbitrium Judicis möglich machen. Ausserdem behielt man die alte Strenge bei, man ließ das Judicium eben so, wie früher wirken, und durch Pluspetitio den Kläger in Schaden kommen. Dieser historische Zusammenhang, und die Ueberzeugung, daß die Römer, um das Neue einzuleiten, von dem Alten Alles beibehielten, dessen Abänderung der zunächst nothwendige Zweck des Neuen nicht erheischte, gibt uns Aufschluß, wie es möglich war, die Pluspetitio neben einer Formula incerta wirken zu lassen.

---

*) Caj. IV, §. 51.

Die hier vertheidigte Meinung über Judicia stricti juris und Judicia arbitraria stimmt allerdings mit derjenigen nicht überein, welche bis in die neuesten Zeiten noch herrschend war, mit derjenigen nämlich, welche in ein dem Endurtheil vorhergehendes Arbitrium des Judex, in einen dem Endurtheil vorhergehenden Befehl zu irgend einer Leistung das wesentliche Merkmal einer Actio arbitraria setzte.

Man hat dieses Merkmal aus einzelnen Fragmenten abgeleitet, welche von einer vor der Condemnatio gemachten Restitution oder dem Befehl dazu handeln, oder auch welche die Wirksamkeit einer vor der Condemnatio gemachten Restitution mit der arbiträren Natur des Judicium in einen innigen Zusammenhang bringen. Allein man hat ausser Acht gelassen, daß die Möglichkeit, eine Leistung vor dem Endurtheil zu gebieten oder mit Wirksamkeit zu gewähren, recht wohl die Folge der arbiträren Natur einer Klage und eines Judicium seyn könne, ohne daß diese Folge den Begriff eines Actio arbitraria erschöpfen oder deren wesentlichstes Merkmal ausmachen müßte.

Eine der wichtigsten Stellen, welcher man sich für die bisherige Ansicht vermöge eines unbündigen Schlusses bediente, ist von Cajus und lautet:

IV. §. 163. Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria: nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur: quodsi nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.

Ohne Zweifel leitet hier Cajus die Befugniß zu einem Gebot auf Restitution oder Exhibition und die absolutorische Wirkung des Gehorsams aus der Formula

arbitraria her. Indessen sagt er keines Wegs, daß eine Formula niemals arbiträr sey, wenn der Condematio kein Arbitrium zu einer Leistung vorausgeschickt werde. Jede Formula incerta macht das Judicium zu einem arbitrarium; bei einem Judicium arbitrarium aber kann der Judex, eben seines ausgedehnten Arbitrium wegen, vor der Condemnatio eine Restitution gebieten. Doch gewährt nicht jede Klage eine Gelegenheit für ein solches Gebot. Denn wohl läßt sich bei Klagen, deren eigentlicher Gegenstand (z. B. eine Sache) von dem Gegenstand der Condemnatio (Geld) verschieden ist, mag die Klage nun eine dingliche oder eine persönliche seyn, ein sehr natürlicher Grund denken, aus welchem sowohl der Kläger als der Beklagte eine vorläufige Anordnung der Restitution wünschen möchten; jener, um nicht ohne alle Nothwendigkeit immer Geld Statt einer Sache zu erhalten, dieser, um nicht unter allen Umständen Geld Statt einer Sache leisten zu müssen.

Aber wie sollte man den Befehl einer Zahlung vor der Condemnatio bei solchen Klagen erklären, die ursprünglich auf Geld gehen? wie sinniger Weise erklären, daß der Judex, wenn die Actio arbitraria de eo quod certo loco wegen eines Geldversprechens angestellt war, ehe er zur Condemnatio schritt, einen Befehl zur Zahlung des Geldes gab? Was sollte damit bezweckt werden? Vernünftiger Weise könnte man nur sagen, der Beklagte habe auch hier durch den vorläufigen Befehl der Zahlung die Quantität erfahren, die etwa der Judex nach Erwägung der Verhältnisse in die Condemnatio aufzunehmen gedachte. Während er mithin ohne diesen Befehl erst durch die Condemnatio die Größe seiner Verbindlichkeit erfahren hätte, so habe er sie durch ihn vorher erfahren und eine Condemnatio abzuwenden vermocht. Allein dieser Vortheil des Be-

klagten ist bei jeder formula incerta denkbar, da eine jede formula incerta erst durch den Judex zu einer bestimmten Größe erhoben wird; er ist namentlich bei bonä fidei Judicia im höchsten Grade denkbar, weil der Judex mehr Momente zu berücksichtigen hat.

Indessen reicht dieser unbedeutende Vortheil des Beklagten nicht hin, um uns zu der Annahme zu berechtigen, daß allenthalben, wo eine incerta formula gegeben worden war, der Judex vor der Condemnatio nicht blos Restitution oder Exhibition einer Sache sondern auch eine Zahlung vorläufig geboten habe. Wir sind zu dieser Annahme um so weniger berechtigt, als wir sonst für manche Klagen, z. B. für dingliche einen doppelten, vorläufigen Befehl voraussetzen müßten, einmal nämlich den zur Restitution und dann, wo nicht restituirt würde, den zur Zahlung, nachdem der Judex den Betrag (des quanti ea res erit) ausgemittelt gehabt hätte; und doch finden wir nirgend eine Hindeutung auf ein solches doppeltes, vorläufiges Arbitrium.

Hiezu gesellt sich eine weitere Schwierigkeit. Der Befehl zur Restitution einer Sache konnte nöthigen Falls, durch Zwang gelten gemacht werden *), und es war vernünftig, daß er es konnte. Denn es mochte wohl einem Kläger häufig mehr daran liegen, seine Sache, als eine ihren Werth sogar übersteigende Summe Geldes zu erlangen. Sollte nun ein vorläufiges Gebot zur Zahlung auch Zwang zugelassen haben? Gewiß nicht! Der Vortheil des Klägers war es wenigstens nicht; und den Beklagten gegen seinen eigenen Willen, seines eigenen Vortheils willen, zu zwingen, das kam einem römischen Juristen schwerlich in den Sinn. So wäre der vorläufige Befehl zu einer Zahlung nichts weiter als eine, rechtlich unbedeutende Benachrichtigung

*) L. 68. D. de rei vind.

des Beklagten gewesen, wie er eine Condemnatio von sich abzuwenden vermöge.

Uebrigens würden wir uns gewiß nicht abhalten lassen, dem gewöhnlichen Begriff einer Actio arbitraria und eines Judicium arbitrarium zu huldigen, wenn eine Stelle in den Institutionen nur die bisher gangbare Erklärung zuließe. Diese Stelle sagt nämlich:

§. 31. J. de action. Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus; in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. . . . . In his enim actionibus et caeteris similibus permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Schon der Umstand, daß neben dem: „restituere" „exhibere" auch ein: „solvere" und „noxae dedere" als Gegenstand eines vorläufigen Arbitrium genannt wird, sollte uns vor dem Gedanken bewahren, daß der wesentliche Begriff einer Actio arbitraria aus dem vorläufigen Arbitrium zu bilden sey. Denn während hier alle möglichen Gegenstände dieses vorläufigen Befehls ohne Unterschied genannt werden, wissen wir dennoch, daß das Gebot zur Restitutio, von dem zur Exhibitio, Solutio, Noxä Datio durchaus verschieden war. Jenes konnte mit Zwang durchgesetzt werden; bei der Exhibition wird keines Zwanges gedacht, bei der Solution ist an seine Anwendung vernünftiger Weise nicht zu denken, und bei der Noxä Datio verwerfen ihn sogar die Quellen sehr deutlich. Erschiene es nun nicht sonderbar, wollte man das Wesen einer Klage nach der Möglichkeit eines vorläufigen Gebots bestimmen, das einzig bei der

Restitutio ein wahres Gebot ist, bei der Exhibitio und Solutio zu einer blosen Nachricht an den Beklagten, und bei der Noxä Datio sogar höchst überflüssig wird, weil die Nothwendigkeit der Absolution auch ohne ein vorhergehendes Arbitrium sich von selbst versteht?

Fassen wir dagegen die Sache anders, so wird Alles weit deutlicher. Wo eine Formula incerta ist, da ist auch eine Actio arbitraria vorhanden. Wo aber eine Formula incerta ist, da erlangt der Judex eine ausgedehntere Befugniß, die nicht blos in Bestimmung der Quantität der Condemnatio sondern auch darin sich äussert, daß derselbe vorläufige Anordnungen, Zwischenbescheide für die Hauptsache selbst, jedoch mit verschiedener Wirkung treffen und geben kann.

In diesem Sinne sehe ich nur die Worte: „id est, ex *arbitrio* judicis pendentes" als wesentliche Bezeichnung der Actiones arbitrariä an. Diejenigen Actiones sind arbitrariä, bei welchen überhaupt ein Arbitrium des Judex d. h. eine freie durch keine Formel gehemmte Thätigkeit vorkommt. Bei diesen Actionen (in quibus) hat denn der Judex auch die Befugniß, sein Arbitrium durch vorläufige Befehle zu zeigen, um erst dann zu condemniren, wenn diesem Befehl nicht gehorcht wurde. Die Wore: „in quibus" sequ. gehören nicht mehr zur Bestimmung der wesentlichen Natur der Judicia arbitraria; sondern sie werden mehr als eine natürliche Folge derselben angeführt. Zum Schluß wird dann die Natur dieser Actionen noch einmal allgemeiner bestimmt: „sie bestehe darinn, daß der Richter nach seiner Ueberzeugung festsetzen könne, wie und auf welche Weise den Ansprüchen des Klägers genügt werden solle, daß der Richter nach seiner Ueberzeugung die Größe der Summe, so wie die Art der Befriedigung, mithin auch vorläufig bestimmen könne, was der Beklagte zu thun habe, um

bald der vorläufigen Bestimmung durch Zwang-Ansehen zu verschaffen, bald den Beklagten, der freiwillig gehorcht zu absolviren."

Verfolgen wir jetzt einmal die innere Verschiedenheit zwischen stricta Judicia, arbitria und bonå fidei Judicia, so erkennen wir, daß es die größere und geringere Ausdehnung der richterlichen Befugnisse sey, wodurch sie sich unterscheiden.

Oben an stehen die bonå fidei Judicia; bei ihnen hatte die Ueberzeugung des Richters den ausgedehntesten Einfluß. Er konnte nicht nur Einreden aller Art zulassen, sondern auch einer Compensatio Statt geben *), auf Zinse nnd Früchte bis zur Condemnatio die gehörige Rücksicht nehmen, und den Werth einer Sache nach einem freiern Maasstabe bestimmen **). Mit Einem Worte: die Natur eines bonå fidei Judicium trat an die Stelle einer ausdrücklichen Verabredung ***).

Am entferntesten von diesen Judicia waren die Judicia stricta. Der Judex durfte bei denselben die Formula, welche die Obligatio genau und wörtlich enthielt, nicht überschreiten, weder Einreden und Compensationen in Betracht ziehen, noch Zinsen, die nicht vermöge einer selbstständigen Zusage gefordert wurden, seine Aufmerksamkeit schenken †). Ward namentlich eine Res certa gefordert, so richtete sich ihr Werth, sofern ihn der Judex bestimmen sollte, nach der Zeit der Litis Con-

*) Cic. de off. III. 16—17. Caj. IV. §. 61—63. — §. 30. J. de act. l. 7. D. de pact. l. 21. D. solut matr.

**) L. 1. §. 2. 3. l. 32. §. 2. l. 34. D. de usur. l. 3. §. 2. D. commod.

***) L. 7. D. de neg. gest.

†) Die in den vorig. Not. citirten Stellen, und l. 24. D. depos. l. 54. pr. D. locat. cond.

testatio; ein Zeitpunkt, der bei Pecunia certa schon von selbst dadurch zum normirenden wurde, weil mit ihm die ganze Bedeutung der Formula certâ Pecuniâ feststand *). In früherer Zeit war der Judex sogar gehalten, Früchte nach der Litis Contestatio außer Acht zu lassen; und eine Beziehung auf sie wurde erst später aus Gründen der Billigkeit gestattet **).

Die Mitte zwischen beiden Arten nahmen die Judicia arbitraria ein, d. h. diejenigen Judicia, welche nach einer Formula incerta sich regelten, wobei aber der bona fides keine Erwähnung geschah. Hier hatte der Richter freiern Spielraum als bei Judicia stricta, obgleich keinen so freien, wie bei Judicia bonâ fidei. Einreden, Compensationen, Zinse aus Verzug durfte er so wenig als bei Judicia stricta aus eigener Machtvollkommenheit in Anschlag bringen; denn unsere Quellen sprechen, wo sie einer Rücksicht auf diese Dinge gedenken, ausdrücklich nur von bonâ fidei Judicia, und zwar in der Art, daß man leicht sieht, alle andere Judicia, die nicht bonâ fidei waren, sollten ausgeschlossen bleiben. In Hinsicht des Incertum selbst aber, das vor das Judicium gebracht wurde, findet sich nirgend eine Einschränkung angedeutet; hier ist das eigentliche Gebiet des Arbitrium, welches der Zeit nach sich bis zur Condemnatio erstrekt. Ueberdieß konnte der Judex auch Früchte in Erwägung nehmen, und in der Condemnatio berücksichtigen ***).

Richten wir nunmehr den Blick noch einmal zurück auf den Fall, wo eine Res certa der Gegenstand eines Judicium strictum war, so stellt sich ihm ein

*) L. 22. l. 31. D. de reb. cred. l. 3. §. 2. D. commod. l. 37. D. mandat.

**) L. 38. §. 7. D. de usur.

***) L. 3. §. 1. D. de usur.

Räthsel dar. Die Condemnatio, haben wir bereits nachgewiesen, ging nie auf die Res selbst, sondern immer nur auf Pecunia. Die formula mußte also nothwendig eine incerta seyn (quanti ea res erit). Wie geschahe es aber, daß dessen ungeachtet das Judicium als ein strictum angesehen, und behandelt, mithin der Werth auf die Zeit der Litis Contestatio gestellt, eine Rücksicht auf Früchte früher ausgeschlossen, und einer Pluspetitio Statt gegeben wurde?

Wir fühlen uns übrigens nicht ohne Grund geneigt, die Frage um einen Grad höher zu stellen, und, allgemeiner gefaßt, auf den Begriff der Judicia stricta überhaupt zu richten. Worin wurzelte der oben aus einander gesetzte Unterschied der verschiedenen Judicia? worin hatten namentlich die Judicia stricta ihre Veranlassung, was verlieh denselben ihre Bedeutung? Einen Beitrag zur Beantwortung giebt uns Keller (l. c. S. 189):

„Dürfte man nun annehmen, es habe dieses sacramentum formell den eigentlichen Gegenstand des ganzen folgenden Verfahrens ausgemacht, so daß auch das Urtheil sich zunächst nicht auf das streitige Rechtsverhältniß selbst bezogen, sondern blos ausgesprochen hätte, welcher die Sacramentssumme zurück nehmen und welcher sie dagegen verlieren sollte: — so müßte es doch gewiß als höchst natürlich erscheinen, daß diese Frage und somit nothwendig auch das im Streite liegende Rechtsverhältniß selbst, von welchem sie abhängt, nach dem Zeitpunkt der Vollziehung des Sacramentum, oder, was gleich viel ist, der Litis Contestatio beurtheilt worden wäre."

Mit welchem Rechte indessen wird die Vollziehung des Sacramentum, d. h. die Promission und Deposition der Summa Sacramenti, ob sie gleich als Resultat

in die Periode der Legis Actiones hinein zu tragen? doch ich glaube, sie genügend beantworten zu können.

Ich schweige davon, daß in den zwölf Tafeln schon „arbitri finium regundorum" mithin „arbitri" genannt seyn sollen. Denn die Leseart bei Cicero (de leg. I. 21.) ist kritisch noch nicht über allen Zweifel erhaben. Auch davon schweige ich, daß bei Festus drei Arbitri genannt (sub. voc. vindiciae) werden, nach deren Arbitrium „fructus duplione damnum decidito;" weil diese Stelle überhaupt etwas Dunkles hat. Entschieden dagegen bezeugt uns Gellius:

Noct. Attic. 20. 1. . . . . . nisi duram esse legem putas, quae *judicem arbitrumve* jure datum, qui ob rem dicundam pecuniam accepisse convictus est, capite punit.

und Festus:

sub v. reus. . . . . . quid horum fuit unum *judici arbitrove*, reove, eo die diffensus esto.

In beiden Stellen wird der Arbiter neben dem Judex und zwar als eine verschiedene Person genannt. Wir haben aber bereits gesehen, daß der Arbiter von dem Judex sich nur durch ausgedehntere Befugnisse unterscheide, und diese Befugnisse aus der Instruction (formula certa, incerta) abgeleitet werden. So lange man demnach für die frühere Zeit, und besonders für die Zeit der zwölf Tafeln eine von dem spätern Sprachgebrauch, den uns Cicero gar nicht als neu darstellt, verschiedene Bedeutung jener Worte nicht nachweist, in solange darf ich meine Behauptung, daß es in der Periode der Legis Actiones schon Judicia und Arbitria gab, d. h. Judicia, wobei der Judex auf ein Certum, und andere, wobei er auf ein Incertum instruirt war, als gerechtfertigt ansehen.

Suchen wir nunmehr die Bedeutung und den Einfluß der verschiedenen Judicia in der Epoche, wo man an der Hand der Legis Actiones verfuhr, zu erforschen! Compensationen, Einreden kannte man damals nicht (neque usus erat exceptionum). Sie wurden demnach weder auf Judicia noch auf Arbitria angewendet. Eben so wenig waren in jenen Zeiten Zinse aus Mora bekannt. Früchte mochten wohl berücksichtiget werden, aber, wie gezeigt, nicht bei Actio in Personam auf Res certa, und nicht von dem Judex.

Auch die Pluspetitio mit ihren Wirkungen schreibt sich aus den frühern Epochen des römischen Gerichtsverfahrens her. Denn schon die zwölf hatten Bestimmungen über sie und ihren Einfluß.

Cicero, de oratore, I. 36. Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia, neque dicendi ratio aut copia, sed juris civilis prudentia: quod alter plus, lege agendo, petebat quam quantum lex in XII. Tabulis permiserat; quod cum impetrasset, causa caderet etc.

Crassus spottet hier über einen Anwalt, der mehr begehrte, als er nach dem Gesetz begehren sollte, und dadurch in die Gefahr kam, zu unterliegen. Sieht man die Stelle unbefangen an, so wird man sehr geneigt seyn, den Verlust des Processes wegen Pluspetitio eben so auf die zwölf Tafeln zu stützen, wie man für den vorgelegten Fall gerade die Bestimmung der Größe des Anspruchs aus denselben abzuleiten genöthigt ist.

Es erklärt sich ausserdem auf sehr einfache Weise, daß bei dem Verfahren mit Legis Actiones jede Pluspetitio schädlich wirken mußte; da, wie uns Cajus erzählt, der unbedeutendste Irrthum (qui vel minimum errasset) den Verlust des Processes nach sich zog, und man sich sogar vor einer Namensverwechslung (arbo-

in die Periode der Legis Actiones hinein zu tragen? doch ich glaube, sie genügend beantworten zu können.

Ich schweige davon, daß in den zwölf Tafeln schon „arbitri finium regundorum" mithin „arbitri" genannt seyn sollen. Denn die Leseart bei Cicero (de leg. I. 21.) ist kritisch noch nicht über allen Zweifel erhaben. Auch davon schweige ich, daß bei Festus drei Arbitri genannt (sub. voc. vindiciae) werden, nach deren Arbitrium „fructus duplione damnum decidito;" weil diese Stelle überhaupt etwas Dunkles hat. Entschieden dagegen bezeugt uns Gellius:

Noct. Attic. 20. 1. . . . . . nisi duram esse legem putas, quae *judicem arbitrumve* jure datum, qui ob rem dicundam pecuniam accepisse convictus est, capite punit.

und Festus:

sub v. reus. . . . . . quid horum fuit unum *judici arbitrove*, reove, eo die diffensus esto.

In beiden Stellen wird der Arbiter neben dem Judex und zwar als eine verschiedene Person genannt. Wir haben aber bereits gesehen, daß der Arbiter von dem Judex sich nur durch ausgedehntere Befugnisse unterscheide, und diese Befugnisse aus der Instruction (formula certa, incerta) abgeleitet werden. So lange man demnach für die frühere Zeit, und besonders für die Zeit der zwölf Tafeln eine von dem spätern Sprachgebrauch, den uns Cicero gar nicht als neu darstellt, verschiedene Bedeutung jener Worte nicht nachweist, insolange darf ich meine Behauptung, daß es in der Periode der Legis Actiones schon Judicia und Arbitria gab, d. h. Judicia, wobei der Judex auf ein Certum, und andere, wobei er auf ein Incertum instruirt war, als gerechtfertigt ansehen.

Suchen wir nunmehr die Bedeutung und den Einfluß der verschiedenen Judicia in der Epoche, wo man an der Hand der Legis Actiones verfuhr, zu erforschen!

Compensationen, Einreden kannte man damals nicht (neque usus erat exceptionum). Sie wurden demnach weder auf Judicia noch auf Arbitria angewendet. Eben so wenig waren in jenen Zeiten Zinse aus Mora bekannt.

Früchte mochten wohl berücksichtiget werden, aber, wie gezeigt, nicht bei Actio in Personam auf Res certa, und nicht von dem Judex.

Auch die Pluspetitio mit ihren Wirkungen schreibt sich aus den frühern Epochen des römischen Gerichtsverfahrens her. Denn schon die zwölf hatten Bestimmungen über sie und ihren Einfluß.

Cicero, de oratore, I. 36. Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia, neque dicendi ratio aut copia, sed juris civilis prudentia: quod alter plus, lege agendo, petebat quam quantum lex in XII. Tabulis permiserat; quod cum impetrasset, causa caderet etc.

Crassus spottet hier über einen Anwalt, der mehr begehrte, als er nach dem Gesetz begehren sollte, und dadurch in die Gefahr kam, zu unterliegen. Sieht man die Stelle unbefangen an, so wird man sehr geneigt seyn, den Verlust des Processes wegen Pluspetitio eben so auf die zwölf Tafeln zu stützen, wie man für den vorgelegten Fall gerade die Bestimmung der Größe des Anspruchs aus denselben abzuleiten genöthigt ist.

Es erklärt sich ausserdem auf sehr einfache Weise, daß bei dem Verfahren mit Legis Actiones jede Pluspetitio schädlich wirken mußte; da, wie uns Cajus erzählt, der unbedeutendste Irrthum (qui vel minimum errasset) den Verlust des Processes nach sich zog, und man sich sogar vor einer Namensverwechslung (arbo-

res, vites) wie vor einem offenbaren Unrecht zu hüten hatte.

Sollte aber die Pluspetitio auch damals schon auf den Fall beschränkt gewesen seyn, wo der zu Anfang des Streits abgeschlossene Vertrag ein bestimmtes in sich begriff? Ohne Zweifel. Denn der Begriff des „plus petere" paßte auf keinen Proceß, der durch einen Vertrag mit unbestimmter Größe eingeleitet wurde. Wo das Geforderte nicht bestimmt ist, sondern durch den Richter erst bestimmt werden soll, da erscheint ein „plus petere" als undenkbar; und was Cicero sehr richtig für die formula incerta ausspricht: „ad arbitrum hoc animo adimns, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur," das mußte als eine natürliche Folgerung auch für das Verfahren mit Legis Actiones wahr seyn.

Nachdem die Legis Actiones aufgehoben, und durch das Verfahren mit formulå ersetzt worden waren, da behielt man die Wirkungen der Judicia, die nicht gerade wesentlich an die Legis Actio geknüpft waren, bei. Man trug die Rechtsgrundsätze des ältern Rechts auf das neuere über, und paßte sie demselben an. Hiedurch vermied man eine Lücke, die sonst empfindlich geworden wäre, und pflanzte fort, was die Zeit an dem ältern Rechte noch nicht völlig verworfen hatte.

Demnach unterschied man auch nach Aufhebung der Legis Actiones zwischen Judicia und Arbitria, ließ bei beiden Arten, wie früher, keine Rücksicht auf Compensationen, Einreden, Zinse aus Mora zu, gestattete hingegen, nach der Weise des ältern Rechts, bei den Arbitria auch Früchte in Betracht zu ziehen. Zu den Judicia rechnete man auch die über Res certa, obgleich das Verschwinden der wirklichen Verträge hier ebenfalls

ein Arbitrium des Judex wegen des in die Condemnatio aufzunehmenden Werthes nothwendig machte.

Gerade aber diese Annahme in dem neuern Recht erheischte eine weitere Annahme als einen strengen Folgesatz, die nämlich, daß der Werth nach der Zeit der Litis Contestatio geregelt werden sollte, wie er früher durch Vertrag geregelt und dadurch das Judicium zu einem Judicium über ein Certum erhoben worden war. Dieses Certum war früher, genau genommen, auch Geld: erst unter der Herrschaft des neuen Verfahrens ward es zu einer certa Res, die es selbst nach der Litis Contestatio zu seyn nicht aufhörte.

Der Pluspetitio gestattete man unter derselben Voraussetzung dieselbe Bedeutung wie ehemals, also eine dem Kläger nachtheilige, sobald der Gegenstand des Judicium ein certum (certa Res oder Pecunia), und mithin ein Judicium im strengern Sinne vorhanden war. Diese Pluspetitio scheint es hauptsächlich gewesen zu seyn, welche dem Judicium im Gegensatz von Arbitrium den Beinamen: „strictum" verschaffte; denn in allem anderen waren sie gleich, und die Verschiedenheit einer Berücksichtigung der Früchte konnte wohl schwerlich die Beziehung durch: „strictum" herbeiführen. Wirklich läßt sich, die Sache reiflich erwogen, der scharfe Gegensatz zwischen Judicium und Arbitrium, wie wir ihn bei Cicero lesen, auf den Gegensatz zwischen einem Judicium, das der Pluspetitio Anwendung gestattet, und einem Judicium, das ihr denselben nicht gestattet, zurückbringen.

So habe ich dann durch meine Ansicht über die Form der Litis Contestatio in ältern Zeiten das ganze Verhältniß der Judicia und Arbitria aufgeklärt, in die Rechtsgrundsätze, die dabei obwalteten, einen innern Zusammenhang, eine gewisse Nothwendigkeit gebracht,

und vermittelst der Geschichte nachgezeigt, daß Normen, die man vielleicht für zufällig hielt, in dem Wesen der Gerichtsverfassung und der römischen Sitte, das Recht zu bilden und zu vervollkommnen, ihre gesunde Wurzel hatten. Sollte dieß etwa der geringste Beitrag zur Bestätigung meiner Ansicht seyn?

Ich will hier noch eine Bemerkung über die Actiones in Rem hinzufügen. Oben suchte ich den Einfluß der Pluspetitio auf Actiones in Rem aus dem innern Zusammenhang zwischen der formula petitoria und dem Verfahren mit Sponsio zu erklären. Jetzt kann ich noch um eine Stufe weiter schreiten. Ich habe die Meinung zu rechtfertigen getrachtet, daß in der Periode der Legis Actiones bei dinglichen Klagen ein wahrer Kaufvertrag zwischen Kläger und Beklagten, dem Judicium zur Einleitung diente. Gelang mir die Rechtfertigung, so stoßen wir auch bei Actiones in Rem auf eine bestimmte Summe für Sache und Früchte, welche den einzigen Gegenstand des Streites ausmachte. Dieser war also ein Certum, und auf ihn ließ sich die Pluspetitio trefflich anwenden, da ein geringerer Antheil an der geforderten Sache auf die Bestimmung des Werths unvermeidlich einfließen mußte. So konnte man denn von den Zeiten der Legis Actiones an die Anwendung der Pluspetitio auf dingliche Klagen als herkömmliches, traditionelles Recht betrachten, und um so weniger geneigt seyn, für die formula petitoria, neben welcher das Verfahren mit Sponsio noch lange fortbestand, eine Ausnahme zu machen.

Wir sind aber auch jetzt im Stande, zu erklären, aus welchem Grunde man den Judex bei der formula petitoria besonders ermächtigte, einen Zwischenbefehl auf Restitution zu ertheilen.

Ohne diese besondere Ermächtigung würde der Judex einen solchen Befehl nicht zu ertheilen befugt gewesen seyn, weil man das Judicium mit formula petitoria in Betreff der Pluspetitio als strictum behandelte, und die Verurtheilung zu Geld, quanti ea res erit, schwerlich hinreichte, um ihm eine arbiträre Natur zu verschaffen; denn die Actio in Personam auf Res certa galt auch für certa, obgleich der Judex auf ein „quanti ea res erit" instruirt werden mußte.

§. 7.

Actio.

Das Wort Actio bezeichnet einmal jede Art gerichtlicher Verfolgung, namentlich sowohl Klagen in Rem als in Personam; dann in einem engern Sinne, als Gegensatz von Petitio, blos Actiones in Personam *).

Was heißt nun aber Actio, und woher die doppelte Bedeutung?

Der einfache, gewöhnliche Sinn des Wortes, nämlich der Handlung, auch feierlicher, förmlicher Handlung mit den meisten verwandten Beziehungen geben hierüber keinen Aufschluß. Nur eine einzige Beziehung scheint eine Ausnahme zu machen, und ein Versuch näherer Prüfung möchte sich gerade für uns hier besonders belohnen. Celsus sagt:

L. 51. D. de obl. et act. 44. 7. Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.

Diese Bestimmung des Wortes „actio" giebt Celsus ohne Beschränkung, und Justinian wiederholt sie wörtlich, und stellt sie an die Spitze der Lehre von den Actionen.

---

*) L. 28. l. 37. D. de oblig. et act. l. 178. §. 2. D. de Verb. signif.

Pr. J. de action. Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

Also Actio ist das Recht, vermittelst einer Handlung vor Gericht dasjenige zu verlangen, quod *debetur*.

Das Wort: „debetur" bezieht sich aber auf ein obligatorisches Verhältniß. Bei einer Actio in Rem kann man nicht sagen, sie gehe auf das, quod quis nobis debet. Wenn wir eine Actio in Rem anbringen, behaupten wir: „res nostra est," nicht: „res nobis debetur."

Dennoch ist die Definitio des Celsus allgemein (nihil aliud est actio) und erstreckt sich mithin auch auf Actio in Rem. Eben so schickt Justinian dieselbe Definition der Lehre von den Actionen voraus, und läßt erst auf sie die Eintheilung in Actiones in Rem und Actiones in Personam folgen.

Wie kann aber eine Klage in Rem ein: „jus persequendi, quod sibi *debetur*" seyn?

Halten wir einmal den Zusatz fest, welcher Celsus dem Wort: „persequendi" beifügt. Es heißt: „*judicio* persequendi."

Das Wort: „judicium" hatte, so lange der Ordo Judiciorum bestand, eine bestimmte, technische Bedeutung; es bezeichnete das Verfahren vor dem Judex, im Gegensatz des Verfahrens vor dem Magistrate. Dieser Ordo Judiciorum war zur Zeit des Celsus noch vollkommen vorhanden. Wir haben daher keine Befugniß vorauszusetzen, daß Celsus das Wort: „judicium" in einem andern, als dem zu seiner Zeit gewöhnlichen, juristisch-technischen Sinne genommen habe.

Demnach behauptete Celsus, Actio sey das Recht, vor dem Judex das zu verfolgen, quod debetur.

Erinnern wir uns hiezu, daß die Litis Contestatio in Jure vorging, und nehmen wir an, daß durch die-

selbe in älterer Zeit, weil sie in wahrhaften Verträgen bestand, alle Vermögensrechte in Obligationen verwandelt wurden, so war jede Verhandlung vor dem Judex, in Wirklichkeit ein jus persequendi quod debetur.

Denn durch die Verträge, welche die Litis Contestatio bildeten, gestattete sich das „nostrum est" zu einem: „nobis debetur." Diese Obligatio hatte aber als nächsten Gehalt ein „condemnari oportere" für den Beklagten, folglich ein: „jus persequendi" für den Kläger.

Nach dem Verschwinden der Legis Actiones blieben manche Wirkungen der Litis Contestatio auch für Actiones in Rem bestehen; und so konnte sich der eingetretenen Veränderungen ungeachtet die Bedeutung von Actio erhalten, und Celsus zu der Aeußerung berechtigen, daß jede Actio, auf das Verfahren vor den Judex bezogen, ein: „jus persequendi quod debetur" sey.

Diejenigen, welche meine Ansicht über Litis Contestatio nicht theilen, dürfen bei Actiones in Rem auch in Beziehung auf das Verfahren vor dem Judex nicht von einem: „jus persequendi quod debetur" sprechen. Denn ihnen hörte ja durch Litis Contestatio zu keiner Zeit eine „res" auf „nostra," und ein „jus" auf „nostrum" zu seyn.

Nachdem wir jetzt darüber aufgeklärt sind, wie es kam, daß eine Actio, auf das Verfahren vor dem Judex bezogen, ein „jus persequendi quod debetur" genannt wurde; so können wir auch füglich sagen, eine jede Actio sey in der Epoche der Legis Actiones eine Obligatio gewesen, und nach denselben auch noch Obligatio genannt worden. Doch, da mit den Legis Actiones die wirklichen Verträge bei Eingehung eines Processes aufhörten, so verwandelte sich, genau genommen, wenn auch die Wirkungen der frühern Art der Litis Conte-

statio nicht verschwanden, bei Klagen in Rem keine „res nostra" und kein „jus nostrum" mehr in ein: „*deberi.*"

Daher schrieb es sich, daß man, wo man sich pünktlicher ausdrückte, und in der gewöhnlichen juristischen Sprache das Wort Actio auf Klagen in Personam beschränkte, *); weil bei ihnen der alte Grundsatz, daß durch Litis Contestatio contrahirt werde, viel fester gehalten wurde.

Für das Zeitalter Justinians, wo nicht nur die Litis Contestatio nicht mehr nach alter Sitte vorgenommen wurde, sondern auch der Ordo Judiciorum abgekommen war, und das Wort Judicium seinen frühern Sinn verloren hatte, für dieses Zeitalter muß freilich das „jus persequendi in judicio, quod debetur" eine abstractere Erklärung bekommen; man wollte denn annehmen, daß sich die alte Definition der Actio, wie sie Celsus noch troß dem Untergang der Legis Actiones und der alten Litis Contestatio geben konnte, bis auf Justinian fortpflanzte, und nicht nur den Untergang der alten Litis Contestatio, sondern auch den des alten Ordo Judiciorum überlebte.

III.

Die Art der abgeschlossenen Verträge.

Indem ich von der Art rede, wie die Verträge, welche die Litis Contestatio bildeten, abgeschlossen wurden, so setze ich in der That voraus, daß man überhaupt Verträge beim Eingang gerichtlicher Verhandlungen abschloß. Troß dem wird man mir unweigerlich die Befugniß einräumen, die Beweise für eine besondere Art des Vertrags mit als Beweise dafür auf-

*) L. 178. §. 2. D. de verb. signif . . . . . sed plerumque actiones personales solemus dicere.

zustellen, daß man die Litis Contestatio durch Verträge vornahm. Sonst könnte unmöglich ein bestimmter Vertrag angeführt werden, worauf die Verhandlung gebaut seyn sollte.

Gegenwärtige Untersuchung wird sich mit Actiones in Rem und in Personam zugleich beschäftigen, weil ich fürchte, eine Absonderung dieser verschiedenen Klagegattungen möchte dem Verständniß und der Uebersicht schaden.

§. 1.

Ich schicke den Satz voraus, daß der Vertrag, welcher in älterer Zeit zur Einleitung des Verfahrens diente, per aes et libram eingegangen wurde; ehe ich ihn jedoch begründe und meine Beweise dafür auseinander setze, will ich die Verträge, wie sie etwa bei Actiones in Personam und in Rem abgeschlossen werden mochten, näher beschreiben.

War in Personam geklagt worden, so mußte die alte Verbindlichkeit aufgehoben, oder, was dasselbe heißt, der Beklagte von ihr befreit werden. Da alles per Aes et Libram vorging, so wurde der Beklagte natürlich auch Aere et Libra befreit. Hier stoße man sich nicht daran, daß uns Cajus erzählt, es seyen in der Regel nur solche Verbindlichkeiten per Aes et Libram gelöst worden, welche auch per Aes et Libram entstanden *). Denn einmal ist es sehr zweifelhaft, ob zu den Zeiten, von denen wir hier reden, noch andere Vertragsformen außer dem Nexum bekannt und bürgerlich gültig gewesen seyen. Sodann berichtet uns Cajus nicht, daß in der Regel blos Obligationen, die Aere et Libra entstanden, auch Aere et Libra aufgehoben werden konnten; sondern, daß Obligationen, die Aere et Libra entstanden,

*) Cajus III. §, 173.

Aere et Libra ebenfalls aufgehoben werden mußten. Wir sind aber keineswegs durch Cajus zu der Annahme berechtigt, daß Obligationen, die nicht per Aes et Libram zum Dasein kamen, auch nicht per Aes et Libram getilgt werden durften.

Wie geschah nun eine Befreiung mit Aes und Libra? Cajus erzählt den Hergang also:

III., §. 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens. deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: quod ego tibi tot milibus eo nomine . . . . . solvo libero hoc aere aeneaque libra, hanc tibi libram primam postremam . . . . . deide asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa.

Ich möchte die beiden Lücken, welche sich in dieser Stelle nach der Ausgabe von Göschen finden, folgender Maßen ergänzen. In die erste Lücke würde ich setzen: „nexus sum eorum nomine," in die zweite: „cedo de lege jureque publico." Dieser Ergänzung zufolge lautete die ganze Stelle also: „quod ego tibi tot milibus eo nomine nexus sum, eorum nomine solvo libero hoc aere aeneaque libra, hanc tibi libram primam postremam cedo de lege jureque publico. Es versteht sich, daß ich das Eingeschaltete nur als Conjectur gebe, deren sich noch mehrere denken lassen; und ich bin weit entfernt zu glauben, es könne Niemand eine bessere entdecken. Ich bemerke blos, daß die meinige mit der Anzahl der fehlenden Buchstaben, und mit den Zeichen der Palimpseste, so weit sie aus der gedruckten Ausgabe erkennbar sind, ziemlich übereinstimme.

Mit der Befreiung mußte sogleich, damit der Kläger keinen Schaden leide, eine neue Obligatio auch per Aes et Libram verbunden werden, und zwar auf eine Weise, wodurch der Beklagte im Falle einer Absolutio

völlig frei, im Falle einer Condemnatio hingegen gerade das zu leisten schuldig würde, wozu er verurtheilt worden wäre.

Nehme ich an, die neue Verpflichtung habe den Zusatz gehabt: „quo jure judicatus (condemnatus) ero secundum legem publicam," so würde dieselbe auf den Erfolg des Rechtsstreits beschränkt gewesen seyn. Ward der Beklagte freigesprochen, so konnte natürlich von keiner Leistung weiter die Rede werden, ward er condemnirt, nun so hatte seine Obligatio gerade dieselbe Gränze mit der Condemnatio.

Ich hüte mich wohl zu versichern, daß die Lex Mancipii auf die angegebene bestimmte Weise abgefaßt worden sey, wie ich überhaupt Anstand nehme, die Fassung des Vertrags dem Wort nach festzusetzen. Vielleicht hat man die Befreiung vor der alten Obligatio und die Uebernahme einer neuen in Einem Vertrag vereinigt, und in eine einzige Formel gewebt. Blos angedeutet sollte werden, wie die Verträge abgefaßt seyn konnten, um deu Zweck zu erreichen.

Bei Actiones in Rem genügte es, wenn der Kläger die angesprochene Sache per Aes und Libram verkaufte, und der Besitzer je nach dem Erfolg des Streits die Kaufssumme zu zahlen versprach. Diese Summe war es, welche die Besitzer pro Re et fructibus zusagte, und wofür er Prädes stellte, und welche er erst nach dem Verlust des Sacramentum vermöge einer Lex Mancipii zahlen sollte. Unterlag dann der Beklagte und zahlte er, oder siegte derselbe und durfte nicht zahlen, so gehörte in jedem Fall die Sache sein, als Aere et Libra erkauft. Der Kläger hatte keinen Anspruch mehr darauf.

§. 2.

Wir dürfen mit allem Recht zweifeln, ob man im ältern Rom die Verborum Obligatio getrennt vom Ne-

rum hatte. Würde sie als abgesonderte Verpflichtungsart nicht bekannt gewesen seyn, so erscheint es ganz in Ordnung, daß man sich auch für die Verträge bei Eingehung gerichtlicher Verhandlungen des Nexum bediente, daß man folglich um eine Obligatio zu erzeugen zu Aes und Libra griff. Aes und Libra schmolz dadurch mit dem gerichtlichen Verfahren so sehr zusammen, daß sie auch dann noch blieb, als bereits andere Verpflichtungsarten als namentlich schon Verborum Obligationes Eingang gefunden hatten. Diejenigen Verträge, welche bei Gelegenheit von Actiones in Rem abgeschlossen wurden, mußten wohl gewiß Verträge per Aes et Libram seyn. Dieß erhellt daraus, weil die Römer früher nur eine einzige Gattung von Eigenthum, das Dominium ex Jure Quiritium kannten *), und dieses Eigenthum an dem größeren Theile der Gegenstände, die im Verkehr von Bedeutung waren, an Grundstücken, Sklaven, Zug- und Lastthieren aussergerichtlich in Folge einer freiwilligen Veräusserung blos vermittelst der Mancipatio erworben werden konnte. Sollte nun der Beklagte und Besitzer das Eigenthum einer begehrten Sache vermittelst eines Vertrags beim Eingange des Streits erlangen, so verstand es sich wohl von selbst, da an eine Cessio in Jure hier nicht zu denken war, daß jener Vertrag einen Verkauf per Aes et Libram vorstellte. Sonst würde der Besitzer, mochte er freigesprochen werden oder nach der Condemnatio zahlen, das Eigenthum nicht erlangt haben, sondern der Kläger römischer, d. h. einziger Eigenthümer geblieben seyn.

Es steht mir indessen nicht blos dieser allgemeine Grund zu Gebot. Besondere Beweise rechtfertigen meine Annahme.

---

*) Cajus, II. §. 41. Quo jure etiam populus romanus olim utebatur; aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus.

a) Festus erklärt uns:

„Contestari est, cum uterque reus dicit: Testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote."

Auf diese Erklärung hin hat man nie geleugnet, daß Zeugen bei der Litis Contestatio irgend etwas zu thun hatten. Womit sie dabei beschäftigt waren, was sie zu verrichten haben mochten, das hat uns noch Niemand recht deutlich gemacht. Woher und wozu Zeugen? Alles, was verhandelt wurde, ist entweder vor dem Magistrate oder dem Judex verhandelt worden; um dessen gewiß zu seyn, bedurfte es mithin keiner Zeugen. Allerdings läßt sich denken — und diesen Gedanken hat man in neuerer Zeit, wenn auch nicht erfunden, doch scharfsinnig ausgeführt *) —, daß die Zeugen gerade wegen des Uebergangs der Verhandlung vom Magistrat zum Judex erforderlich waren. Allein was veranlaßt uns zu dieser Voraussetzung?

Zugegeben, daß, so lange man nach Legis Actiones verfuhr, dem Judex weder eine formula noch überhaupt eine schriftliche Instruction ertheilt wurde, so mußte er doch — ob man ihn unmittelbar auf das Verfahren in Jure oder einige Zeit hernach bestellte **) — erfahren, worüber gestritten wurde, was er zu thun habe, er mußte erfahren, ob man in Rem oder Personam, mit Sacramentum oder einer andern Legis Actio klagte. Ueber Alles dieses konnte er nur vom Magistrat sichere Kenntniß erhalten. Wie geschah das aber anders, als indem ihn der Magistrat mit dem Kern der Verhandlungen bekannt machte? Es waren folglich auch des Uebergangs der Verhandlung wegen keine Zeugen nö-

*) Keller, l. c. S. 1. ff.

**) Cajus IV, §. 15.

thig. Der Magistrat wußte, was in seiner Gegenwart vorging; und so wenig ein Judex der Zeugen bedurfte, um das vor ihm Verhandelte zu bestätigen, eben so wenig, sollte man meinen, hätte der Magistrat deren bedurft.

In der That aber kann man noch um eine Stufe höher steigen und fragen, ob es auch wahrscheinlich sey, daß während der Dauer der Legis Actiones der Judex ohne alle Instruction von Seiten des Magistrats blieb? Das Verfahren mit Legis Actiones war viel strenger als mit formulå, und solcher Maßen streng, daß auch der kleinste Irrthum den Verlust des Rechts herbeyführte; hatte man sich auch im Wesentlichen nicht geirrt, und nur eine unrichtige Benennung gebraucht, so war die Sache verloren *). Diese Strenge gab hauptsächlich Veranlassung, die Legis Actiones abzuschaffen **). Bei dem Verfahren mit Legis Actiones konnte ein Unterschied zwischen der Klage, wie sie angebracht worden war, und den wirklichen Verhältnissen, welche sich vor dem Judex herausstellten, nur auf Gefahr eines Verlustes Statt finden. Der Judex mußte also vom Magistrat nothwendig unterrichtet werden, was der Kläger verlangt habe, weßhalb gestritten werde, und um welche Verhältnisse es sich handle.

Vielleicht wird man einwenden: gerade deßhalb seyen Zeugen zugezogen worden, um den Judex über die angebrachte Klage und ihre Merkmale zu vergewissern. Allein wozu Zeugen, da der Judex doch eine Belehrung über den Gegenstand und die Momente des Streits vom Magistrat erhielt? Wir wollen für jetzt

*) Caj., l. c. §. 11. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse.

**) Caj., l. c. §. 30.

dahin gestellt lassen, ob der Magistrat seine Belehrung mündlich oder schriftlich gab; genug der Judex erfuhr durch ihn den wesentlichen Inhalt der Verhandlungen; weiter zu erfahren war ihm nicht mehr Bedürfniß, als es dem Magistrat Bedürfniß seyn konnte, seine Instruction durch Zeugen zu bekräftigen.

Ich glaube nicht, daß Jemand auf die Annahme gerathen werde: die Zeugen seyen der Parthien wegen anwesend gewesen, der Magistrat habe keine Instruction ertheilt, sondern es den Streitenden überlassen, das Verhandelte unter Berufung auf Zeugen zu benützen. Denn der Mangel aller Instruction ist, wie schon gezeigt wurde, gar nicht denkbar; der Judex mußte doch durch den Magistrat in Kenntniß gesetzt werden, daß ihm die Function eines Judex zukomme, und worüber er zu entscheiden habe. Auch paßt es durchaus nicht zu den genauen Förmlichkeiten und zu der Pünktlichkeit der Legis Actiones, daß man der Willkühr der Parthien und den Aussagen von Zeugen, die nicht selten, sobald sie die ganze Verhandlung in Jure umfaßte, zweifelhaft und unbestimmt hätte ausfallen müssen, die Entscheidung anheim gab, ob Alles beobachtet und gewahrt worden sey, was nach Recht und Gesetz beobachtet und gewahrt werden sollte.

Doch diese innern Gründe sind es nicht allein, welche mich zu der Annahme berechtigen, daß man auch zur Zeit der Legis Actiones dem Judex eine Instruction ertheilt habe.

Bereits früher suchte ich nachzuzeigen, daß die zwölf Tafeln schon den Unterschied zwischen Judex und Arbiter kannten. Denn sie stellen beide also neben einander, daß man unmöglich die doppelte Bezeichnung auf eine und dieselbe Person beziehen kann. Der Unterschied zwischen Judex und Arbiter bestand aber darin

daß jener über ein Certum zu erkennen hatte, und in seinen Befugnissen äußerst beschränkt war, dieser über ein Incertum urtheilen sollte, und seinem Arbitrium freiern Lauf lassen durfte. Nun versteht es sich wohl von selbst, daß die Gerechtsame des Judex durch Niemand anders als den Magistratus festgesetzt wurde. Wie und wodurch anders konnte aber die Festsetzung geschehen, als durch die Ertheilung einer Instruction, in welcher der Judex das eine Mal an ein Certum gebunden, das andere Mal ein Incertum zu untersuchen, und vermöge seiner Condemnatio zu einem Certum zu erheben, angewiesen wurde?

Es stellt sich allerdings als wahrscheinlich heraus, daß der Magistratus seine Instruction nach dem Vertrag einrichtete, welchen die Parthien vor ihm abschloßen; so daß die Instruction auf den Vertrag folgte, und gleichsam seinen Inhalt wiederholte. Wie indessen dem seyn mag, es muß da eine Instruction existirt haben, wo sich die Bekanntschaft mit Verhältnissen (arbitria, judicia) findet, die zu ihrer Erklärung das Dasein einer Instruction nothwendig voraussetzen.

Keller selbst äußert an einer andern Stelle *), freilich nicht ohne sich selbst zu widersprechen:

> Diesen Vortheil entbehren wir hingegen für die Zeit der Legis Actiones ganz, und es ist mir daher auch nicht möglich, hier eine völlig deutliche und detaillirte Einsicht in die Natur des Verhältnisses zwischen dem Verfahren in Jure und in Judicio zu gewinnen. Dennoch bin ich fest überzeugt, daß bei allen formellen Verschiedenheiten doch das innere Wesen jenes Verhältnisses der Sache nach im Großen und Ganzen auch in dieser frühern

*) L. c. S. 79.

Zeit dasselbe war, und daß also die von uns im vorigen aufgestellten Grundzüge in der Hauptsache für die Zeit der Legis Actiones wie für die der formulä als richtig angenommen werden dürfen.

So stehen wir immer noch vor der ungelösten Frage: Was hatte es mit den Zeugen auf sich, wozu waren sie da?

Nehmen wir an, daß zwischen den Parthieen, es mochte in Rem oder in Personam geklagt worden seyn, ein Vertrag durch Aes und Libra abgeschlossen wurde, und dieser Vertrag die Litis Contestatio bildete, so war die Anrufung von Zeugen wesentlich zur Form gehörig.

Der Aufruf: „Testes estote" stimmt ganz mit den Anrufungen überein, welche bei Geschäften mit Aes und Libra zu geschehen pflegten *). Es giebt keine Art, das Daseyn und die Anrufung von Zeugen einfacher und natürlicher zu erklären, als jene Annahme. Folglich dürfen wir auch diese Annahme für hinlänglich begründet ansehen, nachdem wir einmal über das Daseyn und die Anrufung von Zeugen nicht zweifelhaft seyn können.

Mit den hier gemachten Bemerkungen stimmt auch der Ausdruck: „litem contestari" vollkommen überein. Denn, wie sehr auch das Wort: „contestari" sich auf das Anrufen von Zeugen bezieht, und so viel heißt als: „Zeugen aufrufen;" so erhält es doch durch den Beisatz: „litem" einen bei weitem begrenztern Sinn, nämlich den: „einen Streit unter Anrufung von Zeugen erklären," „einen Streit vermittelst Zeugnisses befestigen, bewahrheiten," „Zeugen zur Festsetzung des Streites aufrufen." Nicht die Anrufung der Zeugen an sich soll mit den Worten: „litem contestari" bezeichnet werden, sondern die Erklärung des Streites, die Festsetzung

*) Z. B. testimonium perhibetote.

desselben vor Zeugen. Dabei wurden allerdings auch Zeugen aufgerufen, aber zu dem bestimmten Zwecke, damit vor ihnen das ganze, streitige Verhältniß erklärt, und geordnet werde.

Einen Streit, ein bestrittenes Verhältniß erklären, feststellen, heißt aber nichts anderes, als: „erklären, feststellen was bestritten sey, worüber gestritten werde;" es heißt mit Einem Worte: „den Streitgegenstand festsetzen.„

Dieß geschah vor Zeugen. Wozu? Reichte die Autorität des Magistrats nicht hin, und genügte es nicht, wenn vor ihm der Streitgegenstand genau bestimmt wurde? Die Zeugen haben also einen tiefern Sinn.

Festus sagt: „ordinatio judicio." Er deutet uns damit an, daß die Litis Contestatio erst nach der Bestellung des Judex d. h. nach Anordnung des Judicium vor sich ging. Da nun die Litis Contestatio und die darauf folgende Ertheilung einer Instruction am Schlusse des Verfahrens in Jure vorgenommen wurde *), so bildet die Bestellung des Judex gleichsam den vorletzten Act der Verhandlung in Jure.

Eine Bestätigung hiefür gewährt uns Cajus durch seine Beschreibung der Legis Actio mit Sacramentum. Wenn in Personam geklagt war, alsdann kündigten sich die Streiter nach der Bestellung des Judex **) an: „comperendinum diem, ut ad judicem venirent." Diese Ankündigung geschah noch in Jure, sie war der Schluß des Verfahrens vor dem Magistrat. Denn das Nächste, was Cajus an diese Ankündigung anreiht, gehört schon

*) Keller, l. c. S. 32 — 34. und §. 3 — 4.

**) Caj. IV. §. 15. „postea tamen quam judex datus esset."

zum Verfahren in Judicio und machte den Anfang desselben aus *).

Ueber die Actiones in Rem äußert Cajus **), nach der Sacraments-Provocation: „sequebantur quaecunque si in personam ageretur." Mit diesen Worten belehrt er uns, daß auf die Sacraments-Provocation in früherer Zeit sogleich die Bestellung des Judex, in späterer die Vorladung zur Bestellung, und am Tage der Vorladung die Bestellung selbst erfolgte. Er fährt dann fort:

„Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum."

Also erst nach der Bestellung des Judex gab der Besitzer ein Versprechen pro Re et fructibus und zur Sicherheit Prädes. Die Uebereinkunft demnach, worein ich bei Actiones in Rem die Litis Contestatio setzte, ward erst nach der Ernennung des Judex vollzogen. Mit dieser Ernennung darf man die Ertheilung der Instruction nicht verwechseln, welche vermuthlich erst auf die Litis Contestatio folgte.

b) Cajus erzählt:

III. §. 173. Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram, quod et ipsum genus certis in causis receptum est: veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, sive quid ex judicati causa *debeatur*.

Göschen liest am Ende der Stelle: „debitum sit," indem er das Wörtchen: „sit" einschiebt. Indessen

*) Caj. l. c. „deinde cum ad *judicem venerant*, antequam aput eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere."

**) Caj. l. c. §. 16.

zeigt der Codex das Wort: „debit.“ Statt: „it“ könnte aber ursprünglich leicht: „ēt'“ oder: „ēt“ oder auch: „ėt'“ gestanden seyn, woraus durch die Länge der Zeit und die frühere Behandlungsart des Codex ein scheinbares: „it“ wurde. Ich ziehe deßhalb vor: „debeatur“ zu lesen, um so mehr, als es mir gewagt dünkt, ohne die mindeste Veranlassung der Zeichen des Codex oder einer Lücke ein: „sit“ aufzunehmen. Ausserdem giebt nicht nur das Wort: „debeatur“ den Sinn der Stelle vollkommen, sondern es paßt auch zu den vorhergehend gebrauchten Zeitwörtern (*est* etiam etc., eo nomine *debeatur*) weit eher, als der Ausdruck: „debitum sit.“

Cajus spricht es allgemein und ohne alle Beschränkung aus, daß man sich von der Obligatio Judicati durch Aes und Libra befreien mußte. Eine Actio und mithin eine Obligatio Judicati fand nicht nur bei allen Arten persönliche Klagen Statt, sondern auch bei dinglichen Klagen. Das letztere lag wohl in der Natur der Sache, wenn man mit Sponsio klagte; da eine Entscheidung über die Sponsionssumme die Actio ex Stipulatu pro Präde Litis et Vindiciarum nur erst vorbereitete, diese Actio ex Stipulatu aber rein persönlicher Eigenschaft war.

Aber auch aus der formula petitoria ging am Ende eine Actio und Obligatio judicati hervor. Denn war einmal der Beklagte condemnirt, so konnte der Kläger wie bei jeder andern Condemnatio auf Erlangung der Condemnationssumme mit der Actio judicati dringen.

Worin liegt es nun, daß jede Schuld ex Causa judicati nur vermittelst Aes und Libra getilgt werden soll? Es dürfte wohl nicht möglich seyn, einen andern Grund aufzufinden als den, daß man in frühern Zeitaltern beim Eingange einer gerichtlichen Verhandlung Verträge per Aes et Libram abschloß, also der Beklagte

nach jeder Condemnatio als durch Aes und Libra verpflichtet erschien.

Dessen ungeachtet darf es nicht auffallen, daß Cajus die Befreiung von der Obligatio judicati besonders und neben der Befreiung von andern Verbindlichkeiten aufführt, die durch Aes und Libra erzeugt worden sind. Denn in dem Zeitalter von Cajus konnte man die Nothwendigkeit, sich von der Obligatio judicati durch Aes und Libra zu befreien, als etwas Besonderes ansehen, ob sie gleich ursprünglich als natürliche Folge aus der Regel, daß alles durch Aes und Libra Gebundene auch durch Aes und Libra gelöst werden müsse, hergeleitet werden mochte. Für das Zeitalter des Cajus giebt man gerne zu, daß längst keine Verträge mehr zwischen den Streitenden abgeschlossen wurden; doch dauerte die alte Wirkung fort, und stellte sich als eine besondere Rechtsmaxime dar.

Die Obligatio judicati hat von dieser Seite viele Aehnlichkeit mit einer andern Obligatio, wofür ebenfalls eine Befreiung durch Aes und Libra erforderlich war. Vielleicht lohnt sich's der Mühe, jene andere Obligatio und ihre Verhältnisse genauer zu prüfen; meine Bemerkungen über die Obligatio judicati dürften durch eine Vergleichung um ein nicht Geringes deutlicher werden.

Von den aus dem classisch-römischen Rechte uns bekannten Legaten erzeugte das Vindicationslegat so wenig eine civilrechtliche Verbindlichkeit des Erben, ein Dare facere oportere, als das Präceptionslegat. Das letztere stand entweder dem Vindicationslegat gleich, welche Gleichheit später herrschendes Recht geworden zu seyn scheint, oder konnte, nach einer andern Ansicht, blos vermöge einer Klage auf Theilung der Erbschaft (judicium familiae perciscundae) gelten gemacht wer-

h

den *). Das Legat sinendi Modo wurde, was die Verbindlichkeit des Erben betrifft, entweder ganz wie das Damnationslegat behandelt, oder mit einem eigenthümlichen Merkmal belegt, wonach der Erbe nur eine Patientia schuldig war **). Diejenigen Rechtsgelehrten, welche die letztere Meinung hegten, konnten also an die Nothwendigkeit einer eigentlichen Befreiung des Erben überhaupt nicht denken. Es bleibt mithin einzig das Damnationslegat übrig, wobei, mochte es von Anfang als gültiges Damnationslegat vorhanden gewesen oder vermittelst der Rechtsansichten als Damnationslegat aufrecht erhalten worden seyn, ein wahres Dare facere oportere dem Erben oblag ***), und eine Befreiung desselben nothwendig ward.

Von dieser Befreiung des Erben, dem ein Damnationslegat auferlegt gewesen ist, erzählt Cajus:

III. §. 175. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen . . . . esse significat . . . . esse dicat.

Die zwei Lücken, welche diese Stelle nach der Ausgabe von Göschen hat, möchte ich, indem ich den noch sichtbaren Zeichen des Codex folge und auf die Zahl der mangelnden Buchstaben Rücksicht nehme, folgender Gestalt ausfüllen. Die erste Lücke würde ich mit den Worten: „dum libram percutit, per quam damnatum se," die zweite hingegen mit den Worten: „aes libramque dare se damnatum" ergänzen. Demnach lautete die Stelle in ihrem Zusammenhange also: „similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen, dum

*) Caj., II. §. 194. §. 219 — 221.

**) Caj., l. c. §. 213 und 214.

***) Caj., l. c. §. 204.

libram percutit, per quam damnatum se esse significat, aes libramque dare se damnatum esse dicat."

Unwillkührlich fragen wir, aus welcher Veranlassung für den Erben die Nothwendigkeit entstand, sich per Aes und Libram befreien zu lassen? Offenbar kam dieß daher, weil ehemals der familiä Emtor selbst den Erben vorstellte, und der familiä Emtor sich zur Vollziehung des letzten Willens mit Aes und Libra verpflichtete *). Als hierauf später der familiä Emtor nicht mehr Erbe war, sondern „dicis gratia propter veteris juris imitationem" zugezogen ward, so sollte der Erbe doch wegen eines Damnationslegats durch Aes und Libra befreit werden. Diese Art der Befreiung war auch eine natürliche Wirkung des ältern Rechts, sie überlebte aber dasselbe und erhielt sich auch dann noch, als der Erbe längst nicht mehr familiä Emtor, und längst nicht mehr durch Aes und Libra verbindlich gewesen ist. Aus dem Grunde mochte Cajus diese Art der Befreiung des damnirten Erben für sein Zeitalter, wo man die ältere familiä Emtio vergessen hatte, als eine Besonderheit herausheben, ob sie gleich sonst und ehemals die natürliche Folge einer einfachen Regel war.

Eben so verhält es sich mit der Obligatio judicati. Sie mußte durch Aes und Libra aufgehoben werden. Ein Grundsatz, der sich auf Jahrhunderte vererbte, in denen es bereits lange aufgehört hatte, wahr zu seyn, daß sie auch durch Aes und Libra entstand.

c) Es wird uns an verschiedenen Orten gesagt, daß gewisse Klagen (die Actio judicati, depensi, Legis Aquiliä, Legati per damnationem relicti), wenn der Beklagte leugnet und überwiesen wird, zur Strafe auf das Doppelte gehen **).

*) Caj., II. §. 102 — 104.

**) Caj., IV. §. 9. und 171. II. §. 282. III. §. 127. und 217. Paulus, S. R. I, 19. §. 1. V. 5. §. 8.

Die nächste Erklärung für einzelne dieser Klagen, z. B. der Actio Legis Aquiliä, depensi liegt in den Gesetzen, welche die Strafbarkeit anordnen, z. B. also in der Lex Aquilia und Publilia. Ueber das entferntere Motiv hingegen, das Motiv, aus welchem die Gesetze selbst, von denen sich die Strafe des Doppelten herschreibt, zu erklären sind, und über die Umstände, welche auch bei der Actio judicati und dem Damnationslegat eine Ahndung des Leugnens herbeiführten, hat uns noch Niemand genügenden Aufschluß gegeben. Man hat die Bestimmung stets herausgehoben, sie aber auf keine Weise mit andern Rechtswahrheiten in Zusammenhang zu bringen, oder vermöge derselben zu verdeutlichen vermocht.

Ich darf daher doppelt auf Nachsicht Anspruch machen, wenn ich es hier versuche, jene Bestimmung durch meine Ansicht von der Litis Contestatio zu erklären, und eben hiemit auch, so die Erklärung gelänge, meine Ansicht zu bekräftigen.

Wir hören bei der Eviction, bei der Gewehre für gewisse Eigenschaften einer Sache nicht selten von einer Duplä Stipulatio reden, und fragen uns unwillkührlich, woher die Duplä Stipulatio entstanden sey. Wäre es möglich, diese Frage mit einiger Wahrscheinlichkeit zu beantworten, und durch die Antwort eine genauere Einsicht in die Meinungen der Römer zu erhalten; so dürften wir hoffen, auch über die Untersuchung, die uns gegenwärtig beschäftigt, einiges Licht verbreitet zu sehen. Denn die Duplä Stipulatio hat offenbar mit der Strafe des Doppelten, welche bei einzelnen Klagen auf das Leugnen gesetzt war, viele Aehnlichkeit; da auch die Duplä Stipulatio etwas Strafartiges enthält. Der Verkäufer, welcher nicht leistet, was er leisten sollte, wird dadurch gleichsam gestraft, daß er

zwiefachen Ersatz leisten muß, wie derjenige, welcher gewisse Verbindlichkeiten in Abrede zieht, mit der Strafe des Doppelten belegt wird. Der Verkäufer ist vermöge seines Versprechens zu Leistungen verbunden, und diese Leistungen beziehen sich auf Dinge, von denen man voraussetzt, sie seyen zur Zeit des Kaufs vorhanden gewesen; er erscheint demnach, sobald er jene Leistungen nicht erfüllt, sobald mithin die versprochene Eigenschaft nicht existirte, als Lügner. Vermöge seiner Lügenhaftigkeit nimmt er ganz dieselbe Stellung ein, mit demjenigen, welcher eine Verbindlichkeit leugnet und derselben überwiesen wird. Beide haben gelogen; und wie der letztere, nachdem er der Lüge überführt wurde, das Doppelte entrichten sollte, eben so sollte auch der Verkäufer, zur Sicherheit, daß er nicht lüge und für den Fall, wo er lügen würde, zum Voraus das Doppelte versprechen.

Schon in den zwölf Tafeln ward festgesetzt, daß der, welcher mit Aes und Libra etwas verspricht, und seine Verbindlichkeit in Abrede zieht, sich mithin als Lügner beurkundet, doppelten Ersatz für das Versprochene gewähren solle.

Cicero, de officiis, c. 16. Ac de jure quidem praediorum sancitum est apud nos jure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam, cum ex XII. tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata; *quae qui inficiatus esset, duplae poenam subiret:* a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta.

Daß sich die Anordnung der zwölf Tafeln, wovon hier Cicero redet, auf eine Verpflichtung durch Aes und Libra bezog, dieß erhellt aus den charakteristischen Worten: „quae essent lingua nuncupata." Denn das: „lingua nuncupare" war der civilistisch-technische Aus-

druck für alle bei einem Mancipationsgeschäft, also bei einem Geschäfte durch Aes und Libra vorgenommenen Verabredungen.

In den zwölf Tafeln war folglich schon bestimmt, daß derjenige, welcher in Abrede ziehe, was in der Lex Mancipii enthalten sey, das Doppelte zur Strafe zahlen müsse. Ward nun etwas verkauft und der Verkäufer versprach ausdrücklich, die Sache in einem bestimmten Maas, einer bestimmten Eigenschaft zu leisten, oder er sagte ausdrücklich, daß er sie als die seinige verkaufe, und es fand sich nachher anders; so mußte er natürlich das Doppelte ersetzen.

Als sich das Dominium später sonderte und ein Dominium in Bonis Bedeutung erlangte; als die Gegenstände des Verkehrs sich mehrten, und ein großer Theil derselben gar keiner Mancipatio bedurfte, um in's volle Eigenthum überzugehen; so wollte man doch gerne auch bei Veräusserungen ohne Aes und Libra den alten Vortheil beibehalten, und durch eine größere Gefahr für den Veräusserer der alten Sicherheit theilhaftig seyn. Daher ließ man sich, um denselben Zweck wie durch Mancipatio zu erreichen, vermöge einer Verborum Conceptio das Doppelte ausdrücklich zusagen. Bei der Mancipatio war einzig ein auf gewisse Eigenschaften gerichtetes Versprechen nöthig *), im Falle des Mangels jener Eigenschaften verstand sich der doppelte Ersatz von selbst; für Veräusserungen ohne Mancipatio mußte der zwiefachen Entschädigung wegen eine namentliche Verabredung getroffen werden.

Varro, de re rust. II. 10. In horum emtione solet accedere peculium: aut, si excipietur, sti-

*) Auf ein solches ausdrückliches Versprechen deutet Plautus, Persa, IV, 2. v. 50. sequ. Curcul., IV. 2. v. 1. sequ.

pulatio intercedere, sanum eum esse, furtis noxisque solutum: aut si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla.

Varro unterscheidet hier zwei Zusagen, eine, welche auf das Dasein gewisser Eigenschaften und das Nichtdasein anderer gerichtet ist, und eine zweite, wodurch doppelter Ersatz verheißen wird, wenn die erste Zusage als unwahr erfunden würde. Die erste pflegte allgemein einzutreten, ohne alle Rücksicht, auf welche Weise veräussert, die zweite blos im Fall, wo nicht durch Mancipatio veräussert wurde. Für den letztern Fall scheint das Versprechen doppelten Ersatzes hergebrachten Rechtes gewesen zu seyn, das blos durch eine besondere Uebereinkunft eine Ausnahme litt; dieß erhellt aus den Worten: „si ita pacti simpla.“ Einfacher Ersatz pflegte nur, wenn er durch eine besondere Verabredung (ita pacti) beliebt ward, zugesagt zu werden. Der Regel nach gelobte man doppelten Ersatz. Indessen nahm man zu einem namentlichen Versprechen doppelter Leistung blos unter der Voraussetzung, daß keine Mancipatio die Veräusserung vermittelte, seine Zuflucht (si mancipio non datur); ward durch Aes und Libra veräussert, so bedurfte man keiner Zusage doppelten Ersatzes, sondern man begnügte sich mit der ausdrücklichen Verheissung gewisser Eigenschaften, und die Verbindlichkeit zu doppeltem Ersatz lag schon in der Natur des Geschäftes.

Diese Stelle aus Varro reichte hin, um uns zu überzeugen, daß der Gebrauch, sich bei Veräusserungen ohne Aes und Libra nicht blos das Daseyn einzelner Eigenschaften und das Nichtdaseyn einzelner Mängel sondern auch doppelten Ersatz zu verheißen, nach und nach in ein Herkommen übergegangen sey, das eine Rechtsregel bildete, d. h. eine Nöthigung mit sich führte,

der man sich einzig durch eine Uebereinkunft entzog. Es sind uns aber auch in der Justinianischen Compilation Aussprüche von Rechtsgelehrten aufbewahrt worden, die uns deutlich belehren, es sey bei wichtigern Gegenständen anerkanntes Recht gewesen, sich doppelten Ersatz zuzusagen, und der Käufer habe sogar eine solche Zusage fordern können *).

Der Grundsatz der zwölf Tafeln hingegen, wonach ein Bruch dessen, was man durch Aes und Libra versprochen hatte, die Strafe doppelten Ersatzes erzeugte, und seine Folge, wonach der Verkäufer, welcher durch Mancipatio veräusserte, den Käufer doppelt entschädigen mußte, erhielt sich ebenfalls bis in spätere Jahrhunderte hinein.

Ein Zeugniß dafür findet sich in einer der auf uns gekommenen Rechtsquellen.

Paulus, sent. rec. II. 17. §. 3. Res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplotenus obligatur.

Ohne alle besondere Zusage soll der Verkäufer, welcher durch Mancipatio d. h. durch Aes und Libra veräußerte, doppelte Entschädigung leisten, wenn er die Sache fälschlich als die seinige auf einen andern übertrug.

Setzen wir nun, daß alle Klagen, welche durch ein Leugnen zunehmen, auf Verbindlichkeiten beruhen, die durch Aes und Libra erzeugt wurden, so können wir die Erhöhung bis zum doppelten Ersatz ohne Schwierigkeit begreifen; denn es war einmal römische Maxime, daß eine durch Aes und Libra gegründete Verbindlichkeit wachse, sobald der Verpflichtete als Lügner erfunden werde.

---

*) L. 31. §. 20. D. de aedil. edict. l. 2. l. 6. l. 37. D. de evict.

Um sogleich mit der Actio judicati zu beginnen, so haben wir gesehen, daß der Beklagte, da er den Streit durch ein Geschäft per Aes et Libram einleitete, in Folge einer Condemnatio per Aes et Libram verpflichtet schien. Die Obligatio judicati war mithin vermittelst Aes und Libra geschaffen worden. Natürlich mußte also derjenige, welcher sie leugnete, in Gemäßheit der zwölf Tafeln das Doppelte leisten.

Dasselbe fand beim Damnationslegat Statt. Der Erbe, welchen ursprünglich der familiä Emtor darstellte, war, wie bereits oben gezeigt worden ist, vermöge Aes und Libra verpflichtet. Ward er demnach einer Unwahrheit überführt, einer Lüge in Betreff dieser Verpflichtung, so traf ihn in Folge des bestehenden Rechts die Strafe des doppelten Ersatzes. Die Richtigkeit meiner Erklärung wird hier auffallend durch das Verhältniß bestätigt, in welchem die Befreiungsart des Erben zu jener Strafe einer doppelten Leistung stund. Nur dasjenige Damnationslegat erheischte zu den Zeiten von Cajus eine Befreiung mit Aes und Libra, das Pondere, Numero, Mensura bestand, und eine bestimmte Begränzung hatte *); eben so erhöhete sich nur dasjenige Damnationslegat durch Leugnen, das als ein genau bestimmtes hinterlassen war **). Dieses Zusammentreffen der Befreiung durch Aes und Libra, und der Strafe des Doppelten beim Leugnen scheint auf einen innern, ganz und gar nicht zufälligen Zusammenhang zu deuten.

---

*) Cajus, III. §. 175 . . . . de eo tamen tantum „potest hoc modo liberari, quod pondere, numero constet; et ita si certum sit. Quidam et de eo, quod mensura constatt, idem existimant."

**) Caj.. IV. §. 9 . . . . legatorum nomine, quae per damnationem *certa* relicta sunt.

Aus derselben Veranlassung möchte sich die Poena Dupli beim Depensum herschreiben. Die Lex Publilia hatte die Actio Depensi durchaus der Actio judicati gleichgestellt, indem sie die Manus Injectio pro judicata für dieselbe anordnete. In dieser Gleichstellung gieng sie dann noch weiter und belegte den, welcher ein Depensum leugnete, mit der Strafe des Doppelten. Ohne Zweifel ließ sie sich von dem Gedanken leiten, daß man den mit der Actio Depensi Beklagten, sobald diese Actio der Actio judicati an die Seite gestellt werden sollte, als einen solchen behandeln müsse, der durch Aes und Libra verpflichtet wäre, weil derjenige, dem die Erfüllung einer Obligatio judicati oblag, ebenfalls vermöge Aes und Libra haftete. Ob man sich von der Verpflichtung wegen eines Depensum blos durch Aes und Libra befreien konnte, darüber ist uns keine Nachricht aufbewahrt worden. Gewiß wissen wir aber, daß dieselbe Lex Publilia, welche für das Depensum die Manus Injectio einführte, auch die Strafe der doppelten Leistung festsetzte *).

Was es mit dem Duplum der Actio Legis Aquiliä auf sich habe, das läßt sich nicht wohl mit Sicherheit ausmitteln. Dürfte man übrigens annehmen (für welche Annahme manche, wichtige Gründe vorhanden sind), die Lex Aquilia habe hinsichtlich der unter ihr begriffenen Fälle die Manus Injectio pro judicato angeordnet so würde die Ahndung durch doppelten Ersatz hier vielleicht auf dieselbe Weise wie beim Depensum erklärt werden können.

Zur Bekräftigung meiner Meinung dürfte wohl folgender Ausspruch von Paulus dienen.

Sent. recept. I. 19. §. 1. Quaedam actiones, si a reo inficientur, duplantur, velut judicati, de-

*) Caj., III. §. 127. IV. §. 22.

pensi, legati per damnationem relicti, damni injuriae legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emtor deceptus est.

Mit dem letzten Satz: „item de modo agri" will Paulus offenbar nicht sagen, daß der Verkäufer einzig wegen eines zu gering angegebenen Maaßes der Gefahr einer zwiefachen Entschädigung sich aussetze; denn dafür ließe sich kein vernünftiger Grund denken, und ein solcher Sinn stünde zu den sonst bekannten, oben entwickelten Ansichten des römischen Rechts in einem schreienden Widerspruch. Eben so wenig konnte Paulus sagen wollen, daß der Käufer unter allen Umständen wegen eines zu geringen Maaßes doppelten Ersatz erlange. Ohne Zweifel setzt hier Paulus einen Kauf vermittelst Aes und Libra voraus; bei einem solchen Kauf trat noch zu seiner Zeit doppelter Ersatz ein, wenn der Verkäufer bestimmte Eigenschaften der Sache in der Lex Mancipii ausdrücklich zusicherte, und seine Zusicherung sich nachher als falsch erwies. Diese Voraussetzung giebt uns Paulus zu verstehen in den Worten: „cum a venditore emtor deceptus est." Um doppelten Ersatz zu begehren, bedarf er nur des einzigen Umstandes, daß der Verkäufer den Beklagten hinterging. Es ist aber bekannt, daß ein Hintergehen an sich keine doppelte Leistung nach römischem Recht erzeugte; demnach mußte hier noch etwas Weiteres hinzukommen, wodurch das Hintergehen an sich eine solche Bedeutung erreichte, um die Verbindlichkeit zu doppeltem Ersatz hervorzurufen. Eine solche Bedeutung vermochte es aber nur da zu erreichen, wo der Kauf mit Aes und Libra geschlossen wurde; denn war ein solcher Kauf abgeschlossen worden, so genügte die einzige Thatsache, daß ein in der Lex Mancipii verheiße-

nes Maas sich nicht vorfand, um den Verkäufer einer doppelten Entschädigung schuldig zu machen.

Den Modus Agri führt Paulus blos beispielsweise an, als die nächste beste Veranlassung. Er konnte eben so gut eine andere Eigenschaft, er konnte, wie an einer andern Stelle, die Eviction anführen. Da er indessen auf keine Weise ein Register aller möglichen Veranlassungen zu einer Entschädigung mittheilen, sondern nur eine Rechtsmaxime durch ein Beispiel mittheilen wollte, so war es gewiß gleichgültig, welches Beispiel er gerade wählte.

Paulus stellte den zwiefachen Ersatz für alle in der Stelle angeführten Verhältnisse auf dieselbe Linie. Dieselbe Wirkung, welche das Leugnen des Judicatus hatte, eben diese hatte auch das Leugnen eines damnirten Erben; und welche Folgen aus dem Leugnen des damnirten Erben sich ergaben, dieselben ergaben sich bei einer gewissen Art des Kaufs aus einer unwahren Versicherung des Verkäufers. Man wird mich daher keiner Keckheit beschuldigen, wenn ich ganz im Sinne unserer vorliegenden Stelle behaupte, es sey für alle Rechtsverhältnisse und Verpflichtungen, die darinnen genannt werden, die Strafe doppelten Ersatzes aus demselben Grunde geflossen.

Haben wir uns aber überzeugt, daß bei Einem dieser Rechtsverhältnisse die Strafe der doppelten Leistung, welche auf eine Thatsache gesetzt war, ihre letzte Begründung in der durch Aes und Libra erzeugten Obligatio fand; so haben wir damit den Schlüssel zur Erklärung für alle andere erhalten. Zum mindesten wird man mir zugeben, daß sich ausser meiner Erklärung keine denken lasse, welche auf alle von Paulus zusammen gestellten Rechtsverhältnisse gleichmäßig ohne irgend eine Modification passe.

Wie es sich übrigens hiemit verhalte, so scheint jedenfalls unbestreitbar zu seyn, daß sich die Pöna Dupli bei der Actio judicati am Besten und Einfachsten, ich darf vielleicht hinzufügen, einzig und allein dann erkläre, wenn wir uns zu der Annahme entschließen, es seyen beim Eingange jeden Streites Verträge durch Aes und Libra geschlossen worden, und der Beklagte mithin nach einer Condemnatio durch Aes und Libra verpflichtet gewesen; so daß ein Leugnen die gesetzliche Strafe begründen mußte. Weil sich aber die Pöna Dupli ausschließlich durch diese Annahme erklärt, so liegt in dem Daseyn der Pöna Dupli ein sprechender Beweis für die Richtigkeit meiner Ansicht.

§. 3.

Legitima judicia et quae imperio continebantur.

Bevor ich mich über die verschiedenen Wirkungen dieser Judicia ausspreche, dünkt es mir nothwendig zu seyn, ihre Entstehung und ursprüngliche Gestalt zu untersuchen.

Ursprünglich, möchte man sagen, waren alle Judicia in dem Imperium enthalten, und ein Ausfluß desselben. Früher die Könige, später die Consuln richteten Kraft des verliehenen Imperium *). Aber das Imperium selbst war ein anderes, je nachdem es innerhalb oder ausserhalb der Bannmeile ausgeübt wurde. Innerhalb der Stadt und ihrer Bannmeile war es gemäßigt, beschränkt. Es gab nicht nur unter den Königen eine Berufung gegen jedes Urtheil und jede Strafe **),

*) Niebuhr, Röm. Geschichte, Thl. 1. S. 356—58. S. 555.

**) Cicero, de republ. II, 31. Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales; itemque ab *omni judicio poenaque* provocari licere, indicant XII, Tab, compluribus legibus.

sondern auch unter den Consuln noch überdieß ein Dazwischentreten des Collegen. Ausserhalb der Bannmeile war es unbeschränkt, mehr militärischer Art, ohne Berufung ohne Einspruch. Innerhalb der Stadt und ihrer Bannmeile erschien die Rechtspflege durch gewisse Formen gebunden; ausserhalb derselben mußte sie oft schnell, ohne Rücksicht auf ängstliche Förmlichkeiten gehandhabt werden. Hier und dort gingen die Judicia aus dem Imperium hervor; doch hier rein und ungetrübt, dorten nicht ohne den Einfluß von Förmlichkeiten, wie sie sich durch Gesetz und Herkommen festgestellt hatten.

Die Bannmeile bezeichnet vielleicht die Grenze des alten Gebiets. Rückte man über sie hinaus, so geschah es in feindlicher Absicht und man bedurfte eines Heeres, eines Anführers, und unbedingten Gehorsams. Jenseits der Bannmeile zeigt sich das Imperium in seiner ungeschmückten Gestalt. Daher konnte man von der Rechtspflege ausserhalb der Bannmeile sagen: „imperio continetur;" während sie innerhalb derselben ebenfalls aus dem Imperium floß, jedoch durch Berufung, Einspruch, durch Gesetz und Herkommen gemildert war, mit andern Worten als ein Judicium legitimum sich darstellte.

Nachdem sich in der Folgezeit Rom's Gebiet erweiterte, so blieb der alte Unterschied mit der alten Begränzung fortbestehen, und alle Rechtspflege ausserhalb der Bannmeile galt für eine Wirkung des reinen Imperium, und jedes ausserhalb derselben angeordnete Gericht für ein Judicium, quod Imperio continetur.

Diese Art der Judicia, welche Imperio continebantur, ist die erste und älteste gewesen; sie mußte schon neben den Legis Actiones vorhanden seyn. Denn ihr Daseyn beruhete auf Verhältnissen, die wir frühe schon,

und lange vor Aufhebung der Legis Actiones in Rom wahrnehmen.

Alle andern Arten der Judicia, welche Imperio continebantur, konnten unmöglich mit den Legis Actiones zugleich bestehen; sie entstanden erst nach Aufhebung derselben. Hiefür läßt sich der Beweis leicht führen, sobald man die Eigenschaften dieser andern Arten der genannten Judicia genauer beachtet und mit den Förmlichkeiten der Legis Actiones vergleicht.

I) Man rechnete diejenigen Judicia, wobei ein Peregrinus als Judex oder Parthie thätig war, zu den Judicia, die Imperio continebantur. Daß aber in früherer Zeit ein Peregrinus an keinem Judicium Theil nehmen konnte, ist bekannt. Er durfte nicht einmal als Parthie auftreten.

II) Jedes Judicium, das nicht vor Einem Judex gehegt wurde, war nicht legitimum; also jedes Judicium recuperatorium galt als ein solches, welches Imperio continebatur.

Solange aber die Legis Actiones allgemein die Form des Verfahrens bestimmten, eben so lange gab es keine Judicia recuperatoria und konnte es keine geben, weil man nie mehr als einen Judex hatte. Dieß ergiebt sich mit aller Gewißheit, wenn wir die einzelnen Legis Actiones überdenken.

Scheiden wir nämlich aus die Pignoris Capio, welche ohne alle Theilnahme einer Behörde vollzogen, und nicht einmal allgemein zu den Legis Actiones gezählt wurde *); scheiden wir ferner aus die Manus Injectio, welche ebenfalls ohne Judex anfieng und endigte, und welche in dem Augenblick, wo die Thätigkeit eines Judex durch sie veranlaßt wurde, in eine an-

*) Caj., IV. §. 29.

dere Legis Actio überging; so haben wir nur noch die Judicis Postulatio, das Sacramentum und die Condictio zu untersuchen.

Für die Judicis Postulatio deutet es schon der Name zur Genüge an, daß sie blos vor einem Judex verhandelt wurde. Dasselbe geht für das Sacramentum und die Condictio aus der Beschreibung des Cajus hervor.

IV. §. 15 . . . . ad *judicem* accipiundum venirent. Postea vero reversis dabatur . . . . . *judex* . . . . . ante eam autem legem dabatur *judex* . . . . . postea tamen quam *judex* datus esset, comperendinum diem, ut ad *judicem* venirent, denunciabant. Deinde cum ad *judicem* venerant etc.

§. 18. Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur: nam actor adversario denunciabat, ut ad *judicem* capiendum die XXX. adesset.

Bei allen diesen Legis Actiones ist immer nur von einem Judex, nicht von Judices die Rede, noch viel weniger von Recuperatores. Ueberdieß bildet das Judicium recuperatorium den civilistischen Gegensatz zu einem Judicium mit einem Judex*). Wir dürfen daher mit Recht schließen, daß allenthalben, wo der Judex und nicht Recuperatoren erwähnt werden, das Judicium vor einem Judex gepflegt wurde, vorausgesetzt nur, daß die Sache von einem Schriftsteller wie Cajus besprochen werde, in dessen Absicht es lag, seine Leser mit den civilistischen Momenten derselben bekannt zu machen, und der sich eben darum der juristischen Genauigkeit im Ausdruck befleißigen mußte.

---

*) Caj., IV. §. 104. „Legitima sunt judicia, quae . . . sub *uno judice* accipiuntur . . . . . §. 105. Imperio vero continentur *recuperatoria*, et quae sub *uno judice* accipiuntur interveniente peregrini persona etc.

Demnach waren zu der Zeit, wo die Legis Actiones blüheten und die allgemeine Norm des Verfahrens bildeten, gar keine Judicia recuperatoria vorhanden. Erst nachdem man die Legis Actiones abgeschafft, und die formulä in den Gebrauch aufgenommen hatte; nachdem hierdurch die Thätigkeit des Magistrats wirksamer, und sein Einfluß ausgedehnter wurde; nachdem die Verhandlung nicht mehr nothwendig, vermöge der Form des Verfahrens, vor einem Judex gepflegt werden mußte, und auch der Peregrinus bald mittelbar bald unmittelbar Klagrechte erhalten hatte; erst alsdann konnte es noch andere Arten von Judicia geben, namentlich alle diejenigen Arten, von denen Cajus versicherte: „imperio continentur."

Die Art des Verfahrens, die Einführung der formulä an der Stelle der Legis Actiones, ward wohl durch ausdrückliche Gesetze festgesetzt *); nicht eben so wurden die Grundsätze über die bürgerliche Eigenschaft der Parthien oder des Judex, über die Besetzung des Judicium mit einem Judex oder mit Recuperatoren durch ausdrückliche Gesetze abgeändert. Als die Legis Actiones aufgehoben wurden, so blieb es, was jene Eigenschaft und diese Besetzung anbelangt, beim alten Recht, dem Jus legitimum. Wo eine Abweichung eintrat, da stützte sie sich anfangs auf die Machtvollkommenheit des Magistrats, eine Wirkung des ihm verliehenen Imperium; sie war keine Folge des Jus legitimum, sondern hing mit dem Imperium zusammen (imperio continebatur). Die Aufstellung eines Prätor peregrinus änderte hierin gar nichts. Man sahe mehr auf den Ursprung der Judicia, als auf das Daseyn ei-

*) Caj., IV, §. 30. . . . itaque per legem Aebutiam . . . sublatae sunt istae legis actiones, *effectumque* est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

ner besondern Magistratur, die der gesteigerte Verkehr zum Bedürfniß gemacht hatte.

Woher kam es nun, daß ein Judicium legitimum theilweise eben so wirkte, wie sonst die Legis Actio, ein Judicium Imperio continens aber Anfangs gar keine dauernde Wirkung erzeugte, und später blos indirecte Kraft äusserte?

Es ist in der That nicht befriedigend, die Frage etwa so zu beantworten: das Jus civile habe gewisse Förmlichkeiten vorausgesetzt gehabt; wo diese fehlten, da sey kein civiles Judicium, kein Judicium legitimum vorhanden gewesen; ein Judicium, das nicht als legitimum galt, habe nicht dieselbe Wirksamkeit äussern können, welche ein Judicium legitimum äussern sollte; der rechtsprechende Magistrat habe vermöge seiner Jurisdictio keine civile Obligatio zu zerstören und keine zu schaffen vermocht *). Mit dieser Erklärung ist wohl die Schwierigkeit um einen Grad weiter hinauf gerückt, aber nicht aufgehoben. Warum mußten denn gerade gewisse Förmlichkeiten vorhanden seyn, damit ein Urtheil vollkommen schaffe und zerstöre? Zur Zeit der Legis Actiones hatte doch jedes Urtheil gleiche Kraft, und wirkte ganz dasselbe, was später die legitima Judicia theilweise wirkten.

Die Unerklärlichkeit wächst, wenn wir fragen: weßhalb hat eine formula in factum concepta selbst die Bedeutsamkeit eines legitimum Judicium auf dieselbe Linie herunter gebracht, auf welcher die eines Judicium Imperio continens stand? Keller **) sucht uns durch die Bemerkung zu beruhigen, daß ein factum nicht zerstört werden könne. Allein Keller selbst mußte sich eingestehen, daß ein factum insofern Gegenstand einer

*) Keller, l. c. S. 111 — 116.
**) L. c. S. 118.

Zerstörung werde, als es den Grund zu einem Rechte enthalte; er mußte sich das eingestehen, wenn in der indirecten Zerstörung durch Einreden irgend ein Sinn liegen sollte *). Warum läßt sich nicht denken, daß ein Recht, welches aus einem factum abgeleitet wird, auch direct zerstört und an seine Stelle ein anderes gesetzt werde? Bei den Legis Actiones zum Mindesten hat man gar nicht gefragt, ob die Klage auf ein Dare facere oportere ging, oder zunächst auf ein factum sich stüzte, woraus das Recht geschöpft wurde.

In ähnliche Verlegenheit bringen uns die Actiones in Rem. Aus welchem Grunde trat hier keine directe Wirkung ein, während man die indirecte nicht verwarf, und während in der Periode der Legis Actiones das Urtheil vollständig und unmittelbar wirkte? Wenn Keller uns sagt: man dürfe nicht voraussetzen, daß man zur Zeit der Legis Actiones „durch Anstellung der Rei Vindicatio nicht nur das persönliche Eigenthumsklagerecht sondern auch das Eigenthum selbst verloren habe; so versteht man wirklich nicht, was ein Eigenthum heißen sollte, das man nie mehr gelten machen konnte, und man versteht es um so weniger, als Cajus gerade bei der Gelegenheit, wo er die Wirksamkeit der Legis Actiones beschreibt, recht geflissentlich bemerkt: „nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus *exceptionum.*" Denn mit dieser Bemerkung ist die Möglichkeit ausgeschlossen, daß ein Eigenthum etwa fortbestand, und nur der Erfolg seiner Einklagung mittelbarer Weise gehindert wurde. Mag der Unterschied zwischen den Legis Actiones und dem Verfahren mit formulâ hinsichtlich der Actiones in Rem auch blos aus formellen Gründen zu erklären seyn **); so ist doch der

*) L. c. S. 248. ff.

**) Keller, l. c. S. 119. not. 9.

Unterschied zwischen einem Judicium legitimum und einem Judicium Imperio continens in Betreff der Actiones in Personam mit einer formula Juris civilis ebenfalls blos aus formellen Gründen zu erklären, und dessen ungeachtet ward durch ein Judicium legitimum ein Dare facere oportere völlig zernichtet; warum sollte das Eigenthumsrecht selbst zur Zeit der Legis Actiones nicht ebenfalls vernichtet werden? Aus welchen Gründen das Eigenthum zur Zeit der Legis Actiones zerstört ward, ist gleichgültig; man konnte nie mehr darauf zukommen, während man später immerhin darauf zurückkommen mochte, bis sich die Jurisprudenz mittelbar durch Einreden half.

Faßt man den Gegenstand tiefer, so sieht man, wie wenig sich Keller vor einem Widerspruch bewahrte, indem er die geringere Wirksamkeit der Judicia legitima für Actiones in Personam mit formulâ in factum conceptâ und für Actiones in Rem daraus begründete, daß sich die Zerstörung eines factum nicht denken lasse, und die Zerstörung des Eigenthums dem Zweck jeder Actio in Rem zuwider laufe. Denn dieß sind innere Gründe, und man sieht nicht klar, weßhalb sie auf das Verfahren mit Legis Actiones mindern Einfluß übten. Wurden sie aber zur Zeit der Legis Actiones von formellen Gründen überwogen, welche formelle Gründe später weggefallen waren, so sollte man lieber jene innern Gründe gar nicht erwähnen, sondern einfach sich dahin aussprechen: formelle Ursachen haben dem Verfahren mit Legis Actiones seine hohe Bedeutung gegeben; diese formellen Ursachen verschwanden nach Aufhebung der Legis Actiones; nur für einen Theil der spätern Judicia sind sie übrig geblieben; daher wirkten diese Judicia gleich den Judicia mit Legis Actiones, während die übrigen weit geringere Kraft hatten.

Daß es interessant seyn mußte, die eben genannten formellen Ursachen kennen zu lernen, wird mir kaum Jemand bestreiten. Ich will es nun unternehmen, zu dieser Erkenntniß, so viel ich nach meiner Einsicht vermag, beizutragen.

Nehme man einmal an, zur Zeit der Legis Actiones habe man Verträge geschlossen, welche die gerichtlichen Verhandlungen einleiteten, und welche für Actiones in Personam eine Befreiung und Verpflichtung erzeugten, für Actiones in Rem hingegen eine Veräusserung enthielten; so erklärt es sich einfach und natürlich, weßhalb eine Wiederholung der Klage unmöglich wurde, und weder persönliche noch dingliche Rechte je mehr geltend gemacht werden konnten.

Wir haben bereits gesehen, daß die einzigen Judicia Imperio continentia, welche neben den Legis Actiones bestanden, diejenigen waren, die ausserhalb der Stadt Rom und ihrer Bannmeile abgehalten wurden. Solche Judicia kamen in den ältesten Zeiten ohne Zweifel blos zur Kriegszeit vor. Sehen wir nun nach, wie sich dieselben zu den Judicia legitima verhalten haben mochten, so dürften wir ohne Bedenklichkeit annehmen, daß man im Felde weder Muße hatte noch Werth darauf legte, sich den Förmlichkeiten der Legis Actiones zu bequemen. Der Feldherr entschied kurz weg vermöge seines Imperium. Gegen den Beklagten konnte er auch vermöge desselben Imperium das Urtheil sogleich vollziehen. Daraus bildete sich frühe schon der Grundsatz, daß in Rücksicht auf den Beklagten zwischen Judicia legitima und Judicia Imperio continentia kein Unterschied Statt finde. Gegen den Kläger indessen, der durch keinen Vertrag d. h. keine Litis Contestatio sein Recht verloren hatte, konnte der Beklagte nicht gesichert werden. Zwar während der Dauer des Im=

perium, unter dessen Autorität entschieden worden war, durfte er nicht wieder auftreten; aber nach Ablauf desselben stand ihm kein weiteres Hinderniß im Wege.

Als nachher die Legis Actiones abgeschafft wurden, und ein Verfahren mit formulá an ihre Stelle trat, so kamen die Vertragsförmlichkeiten ebenfalls ab. Doch lag es in der Natur der Verhältnisse, daß die Gerichte durch Anordnung eines neuen Verfahrens nicht an Wirksamkeit verlieren sollten. Sey es nun, daß die Lex Aebutia selbst die gleiche Wirksamkeit im Allgemeinen sanctionirte, sey es, daß die Jurisprudenz das Stillschweigen des Gesetzes ergänzte; so mußte, wie sich von selbst versteht, die Wirksamkeit unter denselben Bedingungen und Voraussetzungen eintreten, unter denen sie beim Verfahren mit Legis Actiones Statt fand.

Man stieß nun sogleich darauf, daß man zu den Zeiten der Legis Actiones nicht nur gegen jeden Verurtheilten, selbst gegen den, der in einem Judicium Imperio continens verurtheilt wurde, sondern auch gegen einen Beklagten, der seine Verbindlichkeit vor dem Magistrat eingestand, mit der nämlichen Strenge (d. h. mit Manus Injectio) verfuhr, wie gegen den, welchen eine Condemnatio in Folge eines Judicium legitimum getroffen hatte. Man schloß daraus, daß die Kraft eines Urtheils gegen den Beklagten von den besondern Förmlichkeiten der Legis Actiones unabhängig sey. Daher dehnte man auch die Actio judicati, welche, mit Leistung einer Sicherheit verbunden, die Legis Actio per Manus Injectionem ersetzte *), auf jeden Beklagten aus. Man sah jeden Beklagten für verpflichtet an,

*) Cajus, IV. §. 25. . . . „itaque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur: unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisdare cogitur."

einer Condemnatio zu genügen, ohne Rücksicht zu nehmen, von welchem Judicium und auf welche Klage sie ausgesprochen wurde.

Anders fand man die Bedeutung der Urtheile gegen die Kläger. Schon die Nothwendigkeit der Vertragsförmlichkeiten, welche bei dem frühern Verfahren vorgenommen wurden, zeigten an, daß man den Urtheilen an sich nicht unbeschränkte Kraft gegen die Kläger verliehen habe, sondern auf Mittel bedacht gewesen sey, sie ihnen aus andern Gründen zu sichern. Gleicher Gestalt überzeugte man sich, daß Urtheile, die von einem Judicium Imperio continens ausgingen, den Kläger nicht dauernd banden. Sollte mithin gleich das Aufhören der Legis Actiones und ihrer Förmlichkeiten dem Einfluß der Erkenntnisse keinen Eintrag thun, so sah man doch, daß es wenigstens sonst ähnliche Verhältnisse und ähnliche Judicia seyn müssen, deren Erkenntnisse auf diese Linie zu stellen wären; weil man auch vorher schon Judicia anderer Art hatte, die sich von den gewöhnlichen in ihrer Bedeutsamkeit unterschieden.

Die Aehnlichkeit der Verhältnisse und der neuern Judicia konnte nur aus einer Vergleichung der Eigenschaften hervorgehen.

Hierbei mußte sich auf den ersten Blick herausstellen, daß die Judicia, des Verfahrens mit formulá ungeachtet, innerhalb Roms und der Bannmeile eben so gut legitima seyen, als sie es damals waren, wo noch an der Hand von Legis Actiones verhandelt wurde.

Eine wesentliche Verschiedenheit in den Verhältnissen erzeugte jedoch das Aufhören der Vertragsförmlichkeiten, die man sonst beim Eingang der gerichtlichen Verhandlungen vornahm.

Solange man jene Verträge abschloß, war die Absicht des Klägers bei Actiones in Personam stets auf

ein Dare facere opertere gerichtet. Denn das ganze Verfahren zweckte dahin ab, daß der Beklagte leiste, was er vermöge Aes und Libra zu leisten versprochen hatte. Man könnte demnach sagen, der Kläger habe zur Zeit der Legis Actiones immer eine Inteutio juris civilis gehabt. Vermuthlich sind auch in der ersten Zeit nach der Lex Aebutia alle formulå in Jus conceptå gewesen; da die Römer es liebten, in die Fußstapfen des ältern Rechts zu treten, und neuere Institute ihm anzupassen. Aber durch eine Erweiterung und größere Ausbildung des Verkehrs geschah es, daß formulå in factum conceptå nothwendig wurden, indem es sehr viele Rechtsverhältnisse geben mochten, die keine Intentio Juris civilis zuließen.

Hier mußte man sogleich fühlen, daß das Verfahren mit einer formula in factum concepta den Verhältnissen, unter welchen mit einer Legis Actio verhandelt worden war, durchaus unähnlich sey. Denn bei der Legis Actio stützte sich der Kläger auf eine civilrechtliche Nothwendigkeit, auf ein Dare facere oportere, während diese Nothwendigkeit bei einer formula in factum concepta gar nicht sichtbar und erst aus der Condemnatio erkannt wurde. Dieser Unähnlichkeit wegen glaubte man sich daher nicht befugt, die alte Wirksamkeit des Verfahrens mit Legis Actiones auch auf das Verfahren mit formulå in factum conceptå auszudehnen.

Gleiche Unähnlichkeit war in Betreff der Actiones in Rem vorhanden. Da man, seitdem das Verfahren nach formulå angeordnet wurde, keine Verträge mehr abschloß, so konnte auch das Eigenthum nicht mehr auf den Beklagten übergehen. Wollten wir folglich auch voraussetzen, daß der Beklagte, welcher beim Verfahren mit Sponsio unterlag und gemäs der Stipulatio pro Präde Litis et Vindiciarum zahlte, von Anfang des

An Dr. Friederich Reinfelder.

Kaum einige Jahre, mein Freund, sind verflossen, seitdem wir von Keller über Litis Contestatio und Urtheil ein Buch erhielten, das mit allem Rechte zu den vorzüglichern Erscheinungen in der juristischen Literatur gezählt wird.

Dennoch ist dieses Werk, wie viel Treffliches es auch darbietet, nicht frei von Mängeln. Man fühlt sich da und dort etwas verlassen, bald in eine Lücke, bald nicht ganz in die klare Anschauung versetzt. Der Grund hievon ist wohl folgender. Die historischen Erörterungen halten mit den exegetischen nicht gleichen Schritt, und daher sind manche Punkte gar nicht, andere nicht scharf genug gezeichnet, und nicht selten vermißt man größern Aufschluß über den innern Zusammenhang einzelner Ansichten des classisch-römischen Rechts. Man könnte den hohen Werth jenes Werks in seinen exegetischen Theil setzen; die Lehre von der Litis Contestatio selbst aber gestattet noch eine bedeutende Nachlese.

Das Buch, dessen erste Abtheilung ich Dir übergebe, darf ich seinem Wesen nach ein durchaus verschiedenes nennen.

Keller wollte die Wirkungen der Litis Contestatio und des Urtheils, den Einfluß, welchen sie auf Rechtsverhältnisse ausüben, darstellen.

Mir ist es blos um die Form der Litis Contestatio zu thun. Ich habe einzig die Absicht nachzuzeigen, worin die Litis Contestatio ihrer Form nach, d. h. worin sie als processualische Handlung bestand. Allerdings konnte ich ihre Wirkungen nicht völlig unbeachtet lassen, und werde sie auch

in den folgenden Abtheilungen nicht völlig unberücksichtigt lassen können. Allein ich habe sie nur so weit beachtet und werde sie in Zukunft nur so weit berücksichtigen, als ihre Erwägung zum Beweis meiner Meinung über die Form der Litis Contestatio nöthig schien und nöthig scheinen wird.

Das Ziel gegenwärtiger Forschung ist, Aufklärung darüber zu verschaffen, welche processualische Handlung in den ältern, und welche in den spätern Perioden des römischen Rechts durch Litis Contestatio bezeichnet wurde, endlich welche Meinungen man seit dem Wiederaufleben des römischen Rechts im Mittelalter von ihr hegte.

Die erste Abtheilung beschäftigt sich mit der Form der Litis Contestatio zur Zeit der Legis Actiones, die zweite soll den Gegenstand bis auf Justinian behandeln, und die dritte sofort die Epochen von dem wiederauferstandenen Studium des röm. Rechts im Mittelalter bis zu den neuern Zeiten umfassen. Das ganze wird demnach eine Geschichte der Form der Litis Contestatio einmal bis Justinian, und dann von den Glossatoren bis in die neuern Zeiten enthalten. Ich wünschte in dasselbe den Versuch niederzulegen, wie man eine Lehre des röm. Rechts nicht blos bis Justinian, sondern auch durch ihre geschichtlichen Phasen im Mittelalter und in den neuern Zeiten hindurch führe.

So nehme denn dieses Buch mit dem alten Freundessinn auf. Fördert es unsere Wissenschaft, so werde ich mich doppelt freuen, daß ich Dir mit demselben ein Zeichen unwandelbarer Liebe geben konnte.

Tübingen, im December 1829.

Mayer.

Verfahrens mit Sponsio an als Käufer betrachtet wurde, so konnte er doch in dem Fall, wo der Kläger unterlag, nicht dafür angesehen werden. Es war darum nicht möglich, die Wirksamkeit des Verfahrens mit Legis Actiones, die sich aus einer Uebertragung des Eigenthums ableitete, auf das Verfahren mit formulä herüber zu nehmen und auf einen Kläger auszudehnen, der mit dem Beklagten weder einen Kauf abschloß noch ihm sein Eigenthum übertrug, sondern der Klage und ihrer Verhandlung ungeachtet voller Eigenthümer blieb. Die Ausdehnung erschien um so weniger möglich, als gewisse Dinge d. h. Res mancipi ohne eine bestimmte Uebertragung oder ohne Usucapio gar nicht in das rechte Eigenthum des Erwerbers übergiengen; ob man aber bei Aufhebung der Legis Actiones schon ein Dominium in Bonis kannte, und auch die indirecten Schutzmittel eines Dominiums in Bonis gegen den Dominus ex Jure Quiritium bereits besaß, ist noch sehr zweifelhaft.

Ich habe in dem Vorhergehenden nachgewiesen, daß es zu den Zeiten der Legis Actiones nur eine Art von Judicia Imperio continentia gab, und die übrigen Arten erst nach Abschaffung der Legis Actiones entstehen konnten. Auf die Wirksamkeit dieser übrigen Arten mußte natürlich das, was früher schon in Hinsicht der Judicia, die ausserhalb der Bannmeile Rom's Rechtens war, von bedeutendem Einfluß seyn. Dem gemäs wird man, wie wirklich geschah, den neuern Judicia Imperio continentia eine volle Kraft gegen den Beklagten, aber keine gegen den Kläger zugestanden haben. Ausserdem stand ihrem Ansehen gegen den Kläger auch der Umstand entgegen, daß sie von den Judicia unter der Herrschaft der Legis Actiones wesentlich abwichen, indem bei den letztern weder Recuperatoren noch Peregrinen thätig seyn konnten.

So hätten wir die Wirksamkeit aller Judicia auf das Einfachste erklärt; und diese Erklärung ist das natürliche Ergebniß meiner Ansicht über das ältere Verfahren und die ursprüngliche Form der Litis Contestatio. Durch sie wird uns sowohl die hohe Bedeutung des Verfahrens mit Legis Actiones als der spätern Judicia legitima, so wie die abweichende, mindere Kraft der ältern und jüngern Judicia Imperio continentia und selbst der Judicia legitima, wenn in Rem oder mit einer formula in Factum concepta geklagt ward, vollkommen deutlich. Ich wüßte aber in der That zum Schlusse des Beweises meiner Ansicht kein stärkeres Argument als diese Deutlichkeit anzuführen.

Dadurch, daß die Legis Actiones, mit ihnen die alte Vertragsform der Litis Contestatio abkamen, und folglich kein dingliches Recht mehr auf den Beklagten übergieng, mußte sogar dem verurtheilten Beklagten, selbst wenn er der Condemnatio Folge leistete, in sehr vielen Fällen alle Sicherheit gegen doppelte Verurtheilung entzogen werden. Denn setzen wir auch, er sey nach der Zahlung als Käufer angesehen worden, so konnte er doch das Eigenthum von Res Mancipi dadurch nicht erwerben. Ehe mithin die Usucapionszeit verflossen war, blieb er den Angriffen des quiritarischen Eigenthümers fortwährend ausgesetzt. Nehmen wir dazu, daß zur Zeit der Lex Aebutia, welche die Legis Actiones aufhob, das Dominium in Bonis vielleicht noch nicht feststand, so war ein verurtheilter Beklagter der größten Gefahr ausgesetzt.

Sollte es kein Mittel gegen diese Gefahr gegeben haben?

Ich glaube, daß es allerdings ein solches Mittel gab, und zwar in den Centumvirn und dem Judicium centumvirale mit dem Verfahren nach Legis Actio.

Doch würde ich durch eine nähere Entwicklung dieser Behauptung in eine Periode hinüber greifen, die ausserhalb der Grenzen meiner gegenwärtigen Abhandlung liegt, und mit Erörterungen zusammenhängt, die den Gegenstand der nächstfolgenden Abhandlung bilden.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mayer, Marum Samuel,

Die Litis Contestatio geschichtlich dargestellt

Stuttgart 1830

J.pract. 176 r
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554412-4